Dr. МЕХМЕД БЕГОВИЋ
ДОЦЕНТ УНИВЕРЗИТЕТА

ШЕРИЈАТСКО БРАЧНО ПРАВО

СА КРАТКИМ УВОДОМ У ИЗУЧАВАЊЕ ШЕРИЈАТСКОГ ПРАВА



БЕОГРАД
ИЗДАВАЧКО И КЊИЖАРСКО ПРЕДУЗЕЋЕ ГЕЦА КОН А. Д.
12, КНЕЗ МИХАИЛОВА УЛ. 12.
1936



ШТАМПАРИЈА „ПРИВРЕДНИК"
ЖИВ. Д. БЛАГОЈЕВИЋА
КН. МИХАИЛОВА 3., ТЕЛ. 21-450

Предговор

Правна литература о шеријатском праву на нашем језику врло је оскудна, иако још и данас муслимани у Југославији примењују шеријатско, породично, наследно и вакуфско (задужбинско) право. Пошто наша јавност довољно не познаје ово право и пошто се ово право предаје на Правном факултету у Београду, осећа се потреба да се ова правна област обради, испита и расветли. Ми нисмо могли засад обрадити цело шеријатско право у примени, него смо обрадили само брачно право, које уосталом исламска наука сматра као најважнији део шеријатског права.

Настојали смо да ово наше дело подесимо да оно може истовремено послужити као информативни приручник и као уџбеник за студенте који полажу шеријатско право.

При обради ове правне материје служили смо се упоредном методом, упоређујући, у колико је то могуће, установе шеријатског брачног права у Југославији са шеријатским брачним правом у другим земљама, нарочито у Египту и у Алжиру. То је било потребно да се види како је шеријатско брачно право, иако засновано на верским изворима, еволуирало током времена у појединим исламским крајевима. Еволуција ове правне материје није се производила истовремено и једнолико у свим земљама где живе муслимани. У том погледу постоје осетне разлике, јер су животне прилике и обичаји изискивали да се поједини прописи брачног права мењају, подешавају и доводе у склад са друштвеним потребама и захтевима појединих исламских народа.

Шеријатско брачно право еволуирало је донекле и код нас у Југославији под утицајем обичаја судске праксе и закона, али ипак у Египту и Алжиру учинио се у том правцу већи напредак који нам може послужити као пример за углед.

У интересу бољег разумевања било је потребно да се у уводу ове књиге да један кратки приказ о примени шеријатског права у Југославији, о његовим изворима, школама, карактеристикама и кодификацији. То ће послужити читаоцима да могу добити, створити донекле општи појам о шеријатском правном систему и да могу лакше следити излагање материје о брачном праву где ће се често спомињати поједини извори и школе.

Београд,
фебруара 1936.

Писац

Увод у изучавање шеријатског права

§ 1. *Примена шеријатског права*

У Југославији живи данас око 1,600.000 муслимана.[1]) Они су још пре уједињења у неким југословенским покрајинама (Босна и Херцеговина, Србија, Црна Гора) уживали право да пресуђују своје породичне, наследне и вакуфске односе према шеријатским прописима.[2]) После ослобођења наша држава се обавезала чл. 10 Сенжерменског уговора од 10-IX-1919 год. да призна муслиманима на својој територији право да регулишу послове свога породичног

[1]) Према попису становништва из 1931 године у Југославији живи 1,558.972 муслимана.

[2]) *У Босни и Херцеговини* муслимани су имали право да пресуђују послове свог породичног статуса према шеријатском праву и са стране државних шеријатских судова. То им је признато наредбом Земаљске владе за Босну и Херцеговину од 30-X-1883, Бр. 7220-III. (Зборник закона и наредаба за Б. и Х. од године 1883 страна 538-542); § 10 земаљског устава од 17-II-1910 (Гласник закона и наредаба за Б. и Х. од 1910, стр. 19) и закона од 17-II-1913 (Гласник закона и наредаба за Б. и Х. од 1913, стр. 73).

У Србији су муслимани исто тако имали право да послове свога породичног статуса решавају према шеријатском праву. То је загарантовано уредбом о уређењу судова и о судском поступку у присаједињеним областима Старе Србије од 7-VI-1914 (Српске новине од 10-VI-1914, Бр. 126). *У Црној Гори* муслимани су имали такође право да решавају своје породичне послове по шеријатском праву, а у смислу чл. 129 Устава од 6-XII-1905 год.

У другим покрајинама данашње Југославије муслимани нису имали право да наведене послове решавају, расправљају према шеријатском праву, него су те послове расправљали по грађанском праву. — За Словеначку и Далмацију то је предвиђено § 7 закона о признању следбеника ислама по ханефиском обреду као вјерозаконско друштво од 15-VI-1912 год. (Лист државних закона за Краљевину и земље заступане у царевинском већу, LXVI, 9-VIII-1912, страна 875). За Хрватску и Славонију то је прописано § 7 закона о признању исламске вјерске заједнице у Краљевини Хрватској и Славонији од 17-V-1916 (Зборник закона и наредаба за Кр. Х. и Сл. 1916 год. X, Бр. 45, страна 149).

У Војводини и Међумурју уведен је обавезни грађански брак за све грађане без разлике на веру закон. чл. XXXI из 1894 год.

статуса као и вакуфске послове према својим верским обичајима. Ова је обавеза доцније потврђена Видовданским Уставом од 28-VI-1921 г., чл. 109, и Уставом Краљевине Југославије од 3-IX-1931 год., чл. 100.

У смислу ових прописа донет је Закон о уређењу шеријатских судова и шеријатским судијама од 21-III-1929 год., где је предвиђена организација и надлежност шеријатских судова.

Из ових уставних и законских прописа могу се поставити у погледу примене шеријатског права следећи принципи: 1) Шеријатско право примењује се само на муслимане, 2) његова примена обавезана је за муслимане, 3) његова примена не подноси ограничење ни у погледу материје ни у погледу територије.

Ови принципи нису апсолутне природе, јер у том погледу постоје извесна отступања.

Што се тиче принципа да се шеријатско право примењује само на муслимане, ту се могу поставити ови изузеци: Прописи шеријатског права примењују се и на немуслимане у случајевима кад немуслиман оснива вакуф, кад немуслиман сведочи пред шеријатским судом и кад немуслиманка склопи брак са муслиманом пред шеријатским судом.[3])

По другом принципу муслимани би морали решавати своје породичне, наследне и вакуфске послове према шеријатском праву. То значи да они у наведеним материјама не би могли оптирати за друго законодавство. У животу има међутим отступања и од овог принципа. Тако, муслимани без обзира на пол могу склапати грађанске бракове у оним покрајинама где је ова врста брака на снази као у Војводини, или дозвољава по нужди као у Словеначкој и Далмацији.[4])

[3]) Исламски правници дозвољавају да немуслиман оснује вакуф само циљ кога одреди том приликом мора бити у складу како са вером оснивача тако и са шеријатом. На пр. кршћанин не би могао наменити приходе свога вакуфа у корист џамије и цркве, али то би могао учинити у корист сиротиње било муслиманске било кршћанске. — Бурхан — ед' дин Ибрахим Тарабулси, Исааф; Али еф, Фетава, Истамбул 1289, св. I, стр. 277, 278.

Кршћани и Јевреји могу засведочити брак који склопи муслиман са кршћанком или јеврејком. Ове смешане бракове дозвољава Куран (V-S. Maide — 5) Ахкаму-шерија, § 120.

[4]) Католичка црква дозвољава да нехришћанин, јеврејин или муслиман склопи брак у цркви са лицем католичке вере без потребе да мења своју веру. Ф. Еслај, Католичко црквено право, Загреб 1893, св. II, страна 63, 64. Исламска верска заједница на својој конференцији од 11. јула 1931 у Сарајеву претресала је питање о важности бракова које склопи лице исламске вере по прописима црквеног права.

Према трећем принципу примена наведених партија шеријатског права не подноси ограничења ни у погледу материје ни у погледу територије. Стварно, још се и данас примењују оне установе које се косе са савременим схватањем морала и права као полигамија, бракови малолетника, отказ брака. Исто тако законом предвиђене партије шеријатског права могу се примењивати на муслимане на целој територији Југославије, што то уосталом раније није било могуће.

Односе муслимана у породичним, наследним и вакуфским пословима решавају посебни шеријатски судови чије је постојање загарантовано Уставом, а организација и надлежност предвиђене законом од 21 марта 1929 године.

Јурисдикција шеријатских судова је потпуна, јер постоје две инстанције: срески шеријатски судови и врховни шеријатски судови. Надлежност ових судова је специјална и обавезна. Специјална, јер је само по правилу надлежна за муслимане, обвезна, јер муслимани у резервисаним правним пословима не могу оптирати за редовну јурисдикцију.[5])

У Босни и Херцеговини шеријатско право има ширу примену него у другим покрајинама наше државе. Ту се поред наведених материја примењује још и један део турског грађанског законодавства, које углавном почива на принципима шеријата. Стварно, правна природа земљишта у Босни и Херцеговини пресуђује се према Еразиканунами, Турском земљишном закону од 7 Рамазана 1272 г. (2-V-1858), а наследство на мириjском земљишту (еразимирија) по закону од 17 Мухарема 1284 г. (21-V-1867).

Поред тога још се и данас у тим покрајинама многи правни послови пресуђују по Мецелли, Отоманском грађанском законику, као право првокупа (шуфа), право наизменичног уживања сувласника незамењљивих ствари (мухаја), способност за вршење правних радњи, рокови о застарелости.[6])

Примена овог законодавства одржала се стицајем самих прилика које су настале по уједињењу. Пошто није било могуће одмах створити јединство у законодавству за целу државу, по-

[5]) §§ 1, 2, 3, Закона о уређењу шеријатских судова и о шеријатским судијама од 21-III-1929. год.

[6]) О праву првокупа (шуфа) говори Мецелла у своме § 1008–1044, о наизменичном уживању (мухају) у § 1174 до 1191, о способности уопште у § 957–1002, о способности у случају смртне болести у § 1595, о застарелости у § 1675. Још се примењује и онај пропис Мецелле који поставља принцип купња не прекида најам, § 590.

ставио се принцип да се у свакој покрајини примењује оно законодавство које ту постоји. Тако су у Босни и Херцеговини остали на снази турски закони у оној мери како је то било за време Аустрије.

Наведено турско законодавство примењује се у принципу на све становнике Босне и Херцеговине без разлике вере и народности, а његову примену врше редовни грађански судови.[7])

§ 2. *Дефиниција шеријатског права*

Под шеријатским правом обично се подразумевају сви они прописи који, у вези с вером, имају циљ да регулишу односе у исламској заједници. Ова дефиниција обухвата цели правни систем који је ту на снази, под ову дефиницију улази верско право (фикх) и т. зв. световно право (кануни).

Међутим, исламска правна наука прави оштру разлику између ове две врсте права, што се огледа у ова два вида: Верско право (фикх) има сакрални карактер, јер се заснива на божанским изворима Курану и Суннету и према томе сматра се да је неприкосновено и незамењљиво. Канунима, световном праву, не признаје се овакав карактер. Кануне издају исламски владари који могу да их мењају према приликама и потребама друштва. Верско право има универзални карактер и треба да се примењује у целом исламском свету, док кануни имају локални карактер и примењују се само на територији оне државе која их је издала.

У ствари, само ово верско право треба да се означава као шеријатско право, јер сама реч шеријат значи правац или пут који Бог указује људима у животу. Муслиманима је овај пут означен у Курану и Суннету, из чега су исламски научници извели један цели правни систем (фикх), где су садржани прописи за регулисање свих друштвених односа. Ово верско право има за нас велику практичну важност, јер су у њему садржане све оне правне материје чија је примена загарантована муслиманима наше државе.

[7]) О примени турског законодавства у Б. и Х. видети студије: Д-р Михајло Зобков, Примјењивање аустриског грађанског законика у Б. и Х., Мјесечник 1921, страна 313—334; Д-р Бертолд Ајснер, О општем грађанском праву у Б. и Х., Београд 1926, ст. 27—30.

На основу наредбе Врховног суда у Сарајеву Бр. 4297 од 10-VI-1921 год. срески судови могу ради растерећења поверити шеријатским судовима оставинске послове. Тако су шеријатске судије постале нека врста оставинских судија. Х. А Бушатлић, Шеријатско-судски поступник, Сарајево 1927, ст. 121.

§ 3. *Извори шеријатског права**)

У шеријатском праву постоје главни и споредни извори. Сви главни извори немају исти ранг, јер једни од њих уживају предност пред другим. Шеријатски су правници поређали главне изворе према њиховом рангу, њиховом правном значењу и важности на следећи начин: 1) Куран, 2) Суннет (традиција), 3) Иџма-ул-уммет (сагласност исламских научника о извесном питању, 4) Кијас (прописи изведени на основу аналогије).

Куран значи скуп прописа. Он је основни, главни извор исламског учења, дакле, претставља једну врсту устава у коме су садржани основни принципи вере, морала и права.

Куран садржава према исламском веровању божанске прописе, објављене Божијем посланику Мухамеду. Он није објављен одједанпут. Његови прописи обелодањивани су за време од 23 године. Први прописи објављени су у Меки 611 године по Христу, а последњи у Медини год. 633.

Овај систем постепсног објављивања имао је за циљ да духовно приправи и оспособи народ да са уверењем и поштовањем следи нову веру. Ову постепеност истиче и сам Куран, а исламски је теолози називају Божијим провиђењем и милошћу и тврде да би Куран са својим моралним и социјалним системом тешко нашао одзива у неверном арапском народу да је био објављен одједанпут.[8])

У почетку су објављивани прописи чисто верско моралне, а тек доцније социјално-правне природе. О томе може пружити најбољи доказ упоређење између одредаба објављених у Меки и оних у Медини. У Меки за првих 13 година проповедачког рада Мухамедова, објављено је више од половине Курана. Готово сви курански прописи из овог времена говоре о вери и моралу, само један њихов врло мали број има додирних тачака са правом. То су они прописи, који забрањују извесна јела, осуђују убиство и препоручују чување имовине малолетних лица.[9])

*) Исту тему обрадили смо у приступном предавању. Архив, 1933, XXVI (XLIII), бр. 1.

[8]) О овоме говори Куран у VI — С. Ел-Енаму — 114 XVII — С. Ел'Исрау — 106. У ту сврху згодно је навести ове речи једног верника из прве генерације муслимана које наводи Рахмет-Улах у своме делу „Изхар-ул-хак, св. II ст. 32". Бог је излио на нас своју доброту. Били смо безбожници и да нам је Божији посланик преставио одједанпут све прописе нове вере ми је не бисмо следили. У почетку нам је наметнута само једна догма (веровање) и кад су се наше душе задојиле сластима вере, онда нам је тек објављено остало". Ту исту идеју истиче Фахрудин-Рази у своме Тефсиру, св. II, ст. 327, говорећи о алкохолним пићима.

[9]) Куран, VI — С. Ел' Енаму — 151, 152.

Тек кад се центар исламски пренео у Медину, Куран поче у јачем обиму доносити одредбе правног карактера. У овоме је граду, у току од неких 10 година, успостављен цели политичко-правни систем ислама.

У Курану има око пет стотина изрека (ајета) који се односе на регулисање друштвених односа. Кад се узме у обзир да у њему има више од шест хиљада изрека, онда се види да је овај број релативно врло мали. Дакле, водило се много више рачуна о вери и моралу него о праву, јер Куран стоји на становишту да је за правилан развитак друштва потребније учврстити веру и морал него доносити правне одредбе, које без вере не би имале велику вредност и значење за друштвени поредак.

Разумљиво је да тај мали број правних прописа није могао предвидети све друштвеве прописе. Куран углавном обраћа пажњу породичном, наследном, кривичном и ратном праву. Међутим, о стварном и облигационом праву има релативно мали број прописа. На пр. има установа из ова два правна подручја које нису регулисане Кураном као даровање, прекуп, задужбине, комодат. Ове су установе регулисане другим правним изворима о којима ће бити речи.

Међу овим правним прописима има један знатан број таквих који су стављени ван снаге и немају своје практичне важности. То укидање вршио је сам Куран, који уосталом напомиње на неколико места да су извесни његови прописи укинути.[10])

Нису се дерогирали само прописи правне природе, него такође и они који се односе на верске одредбе.[11])

Што се тиче прописа чистог веровања ту није било укидања, јер сви курански прописи који о том говоре међусобно се употпуњују и потврђују. Куран шта више тврди да све монотеистичке религије садржавају, постављају исте принципе о веровању. Он сматра да су прицнпи веровања срж, главна садржина оне универзалне религије коју је Бог објављивао човечанству у разним формама од почетка света.[12]) Дакле, Куран није дошао да ствара

[10]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 106, XVI — С. Ен'нахлу — 101. У исламској науци постоји једна засебна грана знаности, која се бави о дерогацији у Курану, а назива се насих и менсух. Има исламских научника који побијају ово схватање о дерогацији и тврде да није ниједан курански пропис укинут. Абдур-Rahman Seoharvi, Eine kritische Prüfung der Quellen des islamitischen Rechts, Oxford, 1914, S. 30.

[11]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 145. Овај се пропис односи на промену кибле.

[12]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 136; XLII — С. Еш-Шура — 13.

нову него да потврди ту универзалну веру, јер вера као божанско светло остаје увек иста, не мења се, мењају се само њене форме према културном степену и потребама људи у извесном степену њихова развитка.

Право које Куран сматра као формалну, спољну страну те универзалне религије, трпело је измене према времену и народу. У циљу да успостави ову универзалну божанску веру, Куран је немилосрдно осуђивао и рушио стара веровања Арапа. Међутим, он је блаже судио и поступао према њиховим правним обичајима. Он уистину није у целости одбацио правни поредак који је почивао на тадањим обичајима, он је једноставно, у колико је то било могуће, прилагодио то старо обичајно право своме моралноме систему. Куран је извршио једну врсту селекције старих правних обичаја. Он је један део тих обичаја укинуо као на пр. адопцију и право да се жена узме у наслеђе. Међутим, усвојен је са мањим или већим изменама доста велики број установа старог обичајнога права као сродство по млеку, полигамија, венчани дар, својевољно отпуштање жене. Свакако, ови усвојени правни прописи нису могли задовољити све потребе муслиманске заједнице. Куран је дакле од времена до времена доносио и нове одредбе које су имале за циљ да регулишу наново настале односе. Као пример овог оригиналног стварања може послужити једна интересантна куранска установа, то је лиам, могућност да се помоћу заклетве због прељубе раскине брак и одрекне патернитет новорођенчета.[13])

Куран поставља опште принципе права, он не улази у детаљно разлагање појединих правних установа. Тиме даје могућност да непредвиђене установе надаље регулишу компетентни фактори према потребама и социјалном развитку исламског света. Из овог се види да Куран допушта и признаје еволуцију права као спољне формалне стране вере. То се још лакше може закључити на основу чињенице што је Куран укидао и усвајао установе старог обичајног права Арапа, што је вршио више пута дерогацију

[13]) У шеријатском праву прељуба се у принципу доказује исказом 4 способна мушка сведока (Куран, IV — Ен' Нисау — 14). Али ако муж ухвати своју жену на делу прељубе, а не може то доказати помоћу сведока, онда му у том погледу остаје заклетва као доказно средство. Оптужена жена може признати дело или одбити оптужницу полагањем заклетве. (Куран, XXIV-С. Ен' Нур-4-9) У овом случају брак се разводи. Помоћу лиана може се порећи такође брачност детета које роди муслиманка 6 месеци после закључења брака-Ахкаму-Шерија, § 334–336, Ибрахим Халеби, Мултека, Цариград, 1916 ст. 149.

својих властитих правних прописа и напокон што су његови прописи објављивани постепено према развоју верске свести и осећања првих муслимана.

Прописи Курана имају више морални него правни карактер. То се огледа у томе што у Курану има доста правних прописа са којима се нешто препоручује, као и у томе што курански прописи имају сакрални карактер.

За повреду својих прописа Куран предвиђа двоструку санкцију. Свака повреда мора повући казну било са стране државних фактора, било са стране Божије на овом или будућем свету. Дакле, према Курану кривац не може избећи казну за учињену повреду.[14])

При одређивању кривице Куран заступа принцип индивидуалне одговорности, док при одређивању казне усваја мешовити систем, систем композиције и систем застрашивања.[15])

Куран је објављен на арапском језику, у римованој прози „сец". Он није био сложен у засебну свеску за живота Мухамедова. За то цело време налазио се у одломцима. Тек после његове смрти овај несређени материјал сложен је у посебну књигу за владе првог исламског халифе Ебу-Бекира.[16])

Куран је подељен на суре (главе), суре на ајете (изреке). У њему има 114 сура од којих је један део објављен у Меки, а други у Медини. Све куранске суре немају исту дужину и исти број изрека. Неке од њих садрже по 200 и више ајета, док друге само неколико. Ове суре нису поређане према хронолошком реду свога објављења него у принципу према својој дужини, тако да се на почетку налазе дуже а на крају краће суре. Овај распоред усвојила је комисија која је имала дужност да сложи Куран у посебну свеску (Мусхаф).

Куранске изреке или прописи нису распоређени у поједине суре према материји него углавном према времену како су објављивани. Тако се прописи који се односе на право налазе растурени по разним сурама. Стога је врло тешко добити јасан појам о шеријатском праву из самог Курана, тим више што његови прописи постављају опште принципе, што су неки од тих прописа

[14]) Куран, XCIX — С. Ез' Зулзиле — 7, 8.

[15]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 178.

[16]) Шејбани, Тејсир-ул-вусул, Миср 1316, св. I, ст. 211, Шукрија Алагић, Тарихул-месахифи, Гласник исламске верске заједнице Београд, 1933, Бр. 8, ст. 9–13, Бр. 9, ст. 1–5.

укинути и што има установа које нису уопште предвиђене Кураном.[17])

Суннет. — Други извор шеријатског права је Суннет (традиција). Наука о исламу разумева под овим појмом Мухамедове изреке, његов начин житова и напокон прећутно одобрење туђих дела под условом да је он то учинио пошто је већ почео проповедати исламску веру. Неки научници проширују овај појам и држе да треба сматрати речи, дела и прећутна одобравања, која потичу од прве четири халифе као продужење Мухамедова суннета и према томе као извор шеријатског права.[18]) Међутим, преовладало је мишљење да се Суннетом у правом смислу може сматрати само оно што је Мухамед рекао, учинио и одобрио, јер заступници овог мишљења држе да речи и дела прве четворице халифа једноставно обнављају и тумаче Мухамедово деловање и пословање.

У исламској науци прави се оштра разлика између Курана и Суннета. *Куран се сматра као дело Божије, а Суннет као Мухамедово тумачење Курана.* Куран који на један концизан начин поставља опште принципе вере, морала и права, било је тешко правилно разумети и применити без коментара. Мухамед, за кога се држи да је био обдарен посебном духовном моћи, био је најкомпетентнији и најпозванији да донесе исправно тумачење о каквом куранском пропису. То се уосталом може извести из неколико куранских изрека, а нарочито из ове која гласи: „Ми смо ти послали ову књигу да расправиш оно што је међу њима спорно.[19])

[17]) Куран поред свега тога остаје као темељ. основа целог исламског учења". Због тога се муслиманима заповеда да га проучавају и упознавају и препоручује да га уче у целости напамет. Ова је препорука издана као мера предострожности да се не би Куран случајно изгубио или фалсификовао. Тако је било доста особа још за живота Мухамедовог, које су знале рецитовати цели Куран. И данас се у исламском свету па и код нас може наћи доста велики број људи (хафиза) који га потпуно знају напамет.

Куран је преведен на многе језике. Први српски превод издала је Коларчева задужбина од Мића Љубибратића, Куран, Београд, 1895 године. Сада преводи Куран са коментаром Шукрија Алагић. Прва свеска његовог превода изашла је у Сарајеву 1926 године под насловом „Тефсирул-Курани-Керими (коментар Курана). Недавно је изашла о Курану посебна студија на нашем језику од Османа Нури-Хаџића под насловом „Мухамед и Коран", Београд 1931.

[18]) Сам Мухамед једном приликом је рекао: „Придржавајте се мога суннета и суннета халифа после мене....“ Шарани Мизан Ел-Кубра, Каиро 1351, I, 53. Из овог се ипак не сме закључити да тумачења прве четворице исправних халифа (хулефаи-рашидина) има исту важност као и Мухамедов суннет, јер ови нису били обдарени божанском инспирацијом као Мухамед.

[19]) Куран, XVI — С. Нахлу — 64.

Његово тумачење имало је неприкосновен карактер, јер тумачење које би дали његови другови није могло преовладати ни потиснути оно које је дао Мухамед. Такав карактер његову тумачењу признаје и сам Куран, који на више места вели: „Покоравајте се Богу и Божјем посланику“.[20])

Он је могао ваљано тумачити Куран речима, делом или прећутним одобравањем туђег начина живота. Према томе сваки тај начин тумачења имао је за исламску науку велику важност.

Исламски научници називају хадисом свако предавање (риваjет) које говори и односи се на поједина Мухамедова тумачења изреке, дела и прећутна одобрења.

Хадиси се односе на све гране живота и деловања људи. Једни тумаче верско-моралне а други социјално-правне прописе Курана. Ови последњи имају за шеријатско право особиту важност и значење, јер се на њима заснива један велики део исламских правних установа. Уистину, све наредбе које је Мухамед издао као шеф исламске државе, заповести као врховни судија и његова остала правна тумачења, послужила су као материјал за израду шеријатског права.

Ова разна Мухамедова тумачења или хадиси нису се записивали за његова живота као што се то морало чинити са прописима Курана. Те су хадисе једноставно памтили његови другови и по њима се управљали и владали. Тако се могло чинити за његова живота, када је исламска држава била још мала и када је он могао вршити контролу над правилном применом верских и правних прописа ислама. У то време није постојала опасност да се у његово име под видом хадиса протуре и увреже туђа мишљења и тумачења. После његове смрти ствар се мења, јер стварно у његово име почињу се протурати туђа мишљења и то таква која су често пута стајала у противности са духом и прописима самог Курана.[21]) Ово се могло десити несвесно из недостатка и

[20]) Куран, III — С. Али-Имран — 31; IV — С. Ен'нисау — 57. Има исламских научника који стоје на становишту да се прописима Суннета могу укидати прописи Курана, Међутим, апсолутна већина заступа противно мишљење. — Хазим, Тефсир, Миср 1317, св. I., стр. 337; Рушд, Бидаја, св. II, стр. 338; Мавердн, Ел'ахкаму — Султанија, стр.

[21]) Мухамед је сам предвидео ову појаву и препоручио својим следбеницима да држе веродостојним само оне хадисе који стоје у сагласности са Кураном: „Све оно што је у сагласности са Кураном примите, јер то долази од мене, а оно што је противно књизи Божијој одбаците“. „Онај који ми припише оно што нисам рекао припрaвља себи место у паклу“. О протурању туђих ми-

несигурности људске меморије, или свесно као израз индивидуалних или колективних интереса. Ови неисправни и лажни хадиси протурали су се у народ без тешкоћа и ту добивали исто поверење и поштовање као и они који потичу од Мухамеда.[22])

Ова се ствар десила углавном ради следећих околности и прилика: 1) није постојала збирка по којој би се могла вршити успешна контрола над применом хадиса; 2) друговиi Мухамедови као најбољи познаваоци хадиса изумиру тако се постепено губи и ова најсигурнија сметња злоупотребама ове врсте; 3) ислам се нагло шири и код нових верника добивају важност они хадиси који најбоље одговарају њиховим обичајима; 4) у исламу већ у првој половини I века по Хиџри, наступају нереди и борбе верског карактера. Свака фракција и секта настоји да пронађе оправдање свога гледишта у Курану и хадисима, а кад се то не би могло постићи, онда би се у ту сврху почели ковати и протурати лажни хадиси.[23])

У овом погледу наступила је права анархија и претила је опасност за веру и њену чистоту. Једини и најсигурнији начин да се то поправи лежао је у скупљању и критичком изучавању хадиса. За ову ствар даје иницијативу халифа Омер II. Абдул-Азиз научницима свога времена.[24]) После тога развио се један научни покрет за проучавање онога предмета, који је нарочито цветао у II и III. веку по Хиџри. У II. веку на овом се пољу истакао Имам

шљења у име Мухамедово и о штетним последицама те појаве говори, Шарани, Мизан Ел-Кубра, св. I. ттр. 53; Ессејјид-Сулејман Еннедеви Елхинди, Што значи суннет и зашто нам је потребан, Гласник исл. вер. заjед, Београд 1934, бр. 11, стр. 593 и след.

[22]) Халифа Омер осећао је опасност да се међу новим присталицама ислама не прошире лажна тумачења и хадиси. У циљу да предусретне ову појаву препоручивао је асхабима (друговима Мухамедовим) да таким муслиманима уопште не говоре о хадисима све док се у њиховим срцима не учврсти веровање на основу Курана. То је препоручивао, прича Ибни Маџа, асхабима које је послао у Куфу. — Ибни Маџа, Суннен, Каиро 1313, св. I., стр. 8, 9.

[23]) То се нарочито запажа за оне борбе око халифата коју је водио халифа Алија против Муавије (656 по Христу). У то време стварају се две исламске секте: шиије и хариџије.

Потребно је истаћи да секта звана „Ехл-ел' Куран" побија због наведених злоупотреба сваку вредност суннета и признаје Куран као једини извор исламског учења. — Abdar-Rahman Seoharvi, Eine kritische Prüfung der Quellen des Islamatischen Rechts, стр. 123.

[24]) Омер II Абдул-Азиз владао је од 99—101 по Хиџри. Како се види службена иницијатива за сакупљање хадиса долази пошто је протекло готово једно столеће после смрти Мухамедове.

Малик, а у трећем веку Бухари, Муслим, Ебу-Даудд, Тирмизи, Несаи и Ибни-Маџа.[25])

Међу поменутим сакупљачима најугледније је место заузимао Бухари и Муслим.

Ова два научника посветили су готово цео свој научни рад прикупљању и изучавању хадиса. У ту сврху они су путовали по целом исламском свету и дирекно од народа прикупљали хадисе. Бухари је на своме научном путу скупио око 600.000 хадиса, а Муслим око 300.000 хадиса. Из овог огромног, несређеног и подозривог материјала требало је извући оне хадисе који са своје формалне и материјалне стране дају гарантију да су истинити и да потичу од самог Мухамеда.

Бухари је од 600.000 признао и унео у своје дело око 7.000, а Муслим од 300.000 признаје само 12.000. Дела ове двојице сматрају се истинитим, исправним и уживају иза Курана највеће поштовање у исламском свету.[26]

У шеријатском праву има доста установа које се искључиво оснивају на хадисима. Као пример довољно је навести оне установе које још и данас имају важност у социалном животу наших муслимана. То су верске задужбине (вакуфи), право прволупа (шуфа) и брак малолетних (џебр).

Иџмаул-уммет. — Трећи извор шеријатског права назива се Иџмаул-уммет. Овај појам означава сагласно решење исламских научника о каквом верском или о правном питању.

Право на давање мишљења о извесном питању признавало се у почетку једино друговима Мухамедовим. Међутим, то се доцније протеже и на њихове ученике (табиине) и напослетку и на све исламске научнике (улема) на основу оног хадиса који гласи: Научници су наследници Божијих посланика.[27]

[25]) Имам Малик умро је 197 год. по Хиџри. Он је први почео сакупљати и критички проверавати хадисе. У његовом делу „Муветти" има око 300 хадиса.

Бухари је умро 256 год. по Хиџри; Муслим, 261 год.; Ебу Дауд, 275 г.; Тирмизи, 279 год.; Ибни Маџа, 293 год.; Несаи, 303 год. О њиховом животу и раду даје интересантне податке: Шејбани, Тејсир-ул-вулсул, св. I, стр. 1—10.

[26]) Наука која се бави изучавањем истинитости појединих хадиса назива се усули-хадис.

[27]) Установа иџма-ул-уммета налази своје оправдање у Курану који у једној изреци вели: Нека међу вама постоји једна група људи која ће позивати на добро, заповедати лепа дела а забрањивати зло..... (III — С. Алу-Имран — 104). Исто тако ова установа оправдава се и једним хадисом који гласи: Моја се заједница неће сложити у каквој заблуди.

Секта шиија не признаје научницима способност да доносе непогрешива тумачења. Они то признају једино непогрешивим имамима своје секте (имаммесум), т.ј. Алији и његовим директним мушким потомцима.

Ова способност која се признаје исламским ученим људима да могу компетентно тумачити прописе Курана и Суннета и у недостатку стварати нове норме, зове се иџтихад. Треба истакнути да се свима не признаје исто право иџтихада. У томе погледу постоји извесно груписање. Тако се стварно иџтихад дели у три категорије: 1) иџтихад фиш-шерија, 2) иџтихад фил-мезхеб и 3) иџтихад фил-месаил.

Научници којима се признавала ова прва врста иџтихада могли су самостално стварити правила, методе на основу којих ће из Курана и Суннета изводити нова решења и закључке. Међутим, научници којима се признавала ова друга врста иџтихада нису могли самостално, према своме нахођењу, тумачити основна исламска врела, него су се у томе придржавали метода које су поставили научници са првом врстом иџтихада. Што се тиче научника којима се признаје ова трећа врста иџтихада, они не могу из Курана и Суннета изводити своје закључке него се при тумачењу морају држати оних решења које су донели њихови претходници. До овог групирања иџтихада (права тумачења) дошло је силом самих прилика и потреба исламске заједнице. У прва три века ислама постојао је углавном само иџтихад ове прве врсте и признавао се најпре друговима Мухамедовим, затим њиховим ученицима и напослетку исламским научницима који су живели до IV века по Хиџрету.

Ово њихово право тумачења, које је према науци било апсолутне природе (мутлак), произвело је поред добрих и лоше последице. Та се лоша страна огледа у стварању многобројних секта и школа које су водиле трвењу и слабљењу дисциплине у исламској заједници. Стога доста рано исламски научници почеше у интересу јединства своје заједнице напуштати ову прву врсту иџтихада и придржавати се у своме тумачењу метода и правила које су поставили њихови претходници. Тако, после IV века, после смрти Таберије, 310. године, не налази се више научника који се при тумачењу Курана и Суннета руководе слободно, по своме властитом нахођењу. У науци се каже да је од овога времена апсолутни иџтихад затворен, да је до тога дошло на основу прећутне сагласности, да се дакле то произвело аутоматски, самим невршењем права.

Од тога времена у исламу нема више правих коментатора (муџтехида) него само имитатора (мукаллида). Дакле, иџма-ул-уммет као законодавно тело у правом смислу постојао је само до IV. века по Хиџри и ограничен на оне генерације научника које су

живеле пре тога времена. Треба истакнути да коментатори нису имали апсолутну слободу у доношењу закључака, иако се њихово право назива апсолутним. Они нису могли својим једногласним решењем укидати или замењивати прописе Курана и Суннета. Њихова решења морала су, у принципу, да се оснивају на наведеним изворима, јер су се нове норме могле доносити само онда ако се ту није могло наћи решење конкретног питања.

Дакле, њихова улога своди се на констатовање, потврђивање оних правних прописа који већ постоје и на стварање нових норми. При стварању правних прописа научници се придржавају аналогије, слободног уверења а некад и правних обичаја.

Решења која су донели сагласно сви исламски правници имају опште обавезни карактер, јер се сматра да су непогрешива у духу ових Мухамедових речи: „Моја се заједница неће сложити у каквој заблуди".

Кијас. — Четврти извор шеријатског права зове се кијас. Под тим се разумевају она решења која су на основу аналогије извели исламски правници из постојећих правних прописа. Дакле, шеријатско право дозвољава да се непредвиђени правни односи могу подвести под прописе који већ постоје, под условом да за извесни однос постоје исти законски разлози као и за онај пропис под који се дотични однос подводи.

Исламски су правници нашли оправдање за аналогију у самом Курану.[28]) Овај поступак има у пракси велико значење, јер се на тај начин могло брзо и успешно решити једно конкретно питање за које не постоји изрични пропис у већ наведеним изворима. То је особито било важно за судије и остале функционере који су имали да примењују шеријатске прописе у пракси. Она прва три извора нису могла предвидети све случајеве који су настали у исламском свету под утицајем нових економских и политичких прилика. Тако је аналогија могла послужити као згодно средство да се попуњавају празнине у законодавству.

Поред ових добрих, аналогија је дала и лоше резултате. Она је често пута послужила као средство, као начин помоћу кога су се изигравали и злоупотребљавали прописи Курана и Сунета. Зато се доста рано јавља извесна реакција против употребе аналогије. Стварно, једна група правника сумњичила је и осуђивала њену вредност због злоупотреба које су се догађале њеном применом. У овом се нарочито истиче школа Захирија која

[28]) Куран, LIX — С. Ел' Хашр — 2.

оштро осуђује примену правне аналогије (кајас-акли), а само изузетно дозвољава употребу законске аналогије (кијас-џали.[29])

Међутим, већина правника заступа мишљење да је употреба аналогије нарочито у праву оправдана, управо неопходна. У томе се ишло тако далеко и поставило се као правило да онај који не признаје употребу аналогије не може обављати судску функцију.[30])

У ствари, аналогија се не може узети као засебно врело права. Она је више нека врста тумачења или метода помоћу које се непредвиђени случај подводи под прописе који већ постоје. Исламски правници су назвали аналогију извором, јер су при томе више узимали у обзир постигнути резултат него сам поступак. Дакле, према томе кијас или аналогија може се сматрати као индиректни извор шеријатског права.

Поред ова четири главна опште признате извора неки правници признају као споредне изворе: 1) урф-адет (обичај), 2) ер-реи (слободно стварање).

Урф-адет. — Неке правне школе признају народне правне обичаје као споредни извор права. То мишљење заступају правници ханефијске и маликијске школе.[31]) Сам оснивалац ове последње школе Имам Малик ослањао је многа своја решења на локалним обичајима свога роднога места Медине. Он је сматрао обичаје овога места као прећутно одобрене од Мухамеда, који је ту проповедао више година нову веру. Да су ти обичаји били у противности са Кураном, Мухамед би их сигурно осудио.

Неки ученици ове школе придавали су исту важност и обичајима других места. Било их је који су сматрали да правном обичају као изразу народног осећања треба признати већу важност него Иџмаул-уммету под условом да тај обичај не стоји у противности са Кураном и Сунетом.[32])

Ер-реи. — Има правника који стоје на становишту да се једно конкретно питање може решити по слободном нахођењу, ако о томе нема или ако се за то не може извести решење из постојећих извора. Они сматрају ер-реи као једну варијанту правне

[29]) Захирије су прозване овим именом због тога што су се при тумачењу прописа Курана и сунета строго придржавали њиховог дословног тумачења. О учењу захирија говори Ибни Халдун, Мукадима, Каиро 320. стр. 421.—427; Ибни Рушд, Бидаја, св. I., стр. 2.

[30]) Ебу Хасан Ел-Маверди, Ел'Ахкаму-Султанија, мисирско издање, стр. 63.

[31]) У ханефијској школи постављен је принцип да обичај има моћ закона. — Меџела, § 36, 37, 38, 44, 45.

[32]) Marcel Morand, Introduction á l'étude du droit musulman, Alger 1921, p. 59.

аналогије и оправдавају његову примену са једним хадисом који се односи на именовање Муаза за судију у Јемену. Кад је Мухамед именовао овог човека за судију запитао га је по чему ће судити ако не нађе решење у Курану или Сунету за један конкретни случај. Он му је одговорио да ће тада судити по своме слободном нахођењу (ер-реи). Мухамед је одобрио овај његов одговор.[33])

Иако су правници дозвољавали да се у недостатку прописа суди по слободном нахођењу, они ипак захтевају да донето решење не стоји у противности са духом основних извора и да одговара потребама и захтевима времена.

§ 4) *Секте и школе у исламу*

Сваки покрет, свака организација, свака социјална група подлежи деобу. Тако, ни ислам, као ни други верски покрети, није могао сачувати своје јединство. У њему су се већ у првим деценијама по смрти Мухамедовој јавиле струје које су довеле до подвајања. Први сукоби, прва крв пала је због халифата, права на врховну управу исламске заједнице.[34]) Узрок деобу био је дакле политичке природе, а доцније то је добило и догматски карактер.

Из ових сукоба настале су три фракције: *сунније, шиије и хариџије.*

1) **Сунније** су они муслимани који држе да у Сунет спада само оно што је Мухамед као Божији посланик говорио, чинио или одобравао. По њиховом учењу он је једини имао право и способност да непогрешиво и исправно тумачи вољу Божију садржану у Курану, речима Божијим. Сунније не признају ову способност ниједном другом муслиману па ни халифама. Они држе да после Мухамедове смрти право на компетентно тумачење основних извора припада једино исламској заједници као целини коју претстављају њени учени људи (иџмаул-уммет). Дакле једино заједница може донети непогрешиво решење о извесном питању на основу изричне или прећутне сагласности (иџма).

[33]) Ебу-Хасан Ел-Маверди, Ел'Ахкаму-Султанија, стр. 63. Неки научници не признају веродостојност овог хадиса и због тога они не признају ер'реи као извор права. — Шејбани, Тејсир-ул вулсул, св. IV, стр. 56.

[34]) Први сукоби међу муслиманима настали су за време халифе Османа који је убијен од једне групе завереника 35 година по Хиџри (656). Ови су политички сукоби прешли у оружану борбу између халифе Алије и присталица Османових Муавије. Прва борба међу муслиманима одиграла се 36 год. по Хиџри (крај 656 по Христу). — Cl. Huart, Histoire des Arabes, Paris 1912, t. 1, p. 249, 250.

Ова сагласност није ће могла увек постићи. Често су научници, тражећи смисао извесног прописа долазили до разних решења. Нарочито се то догађало кад у основним изворима није постојао пропис који се односи на конкретни случај, дакле кад су постојале празнине.

Узрок подвојености која је наступила при тумачењу извесног прописа лежи у методи којом се служило, у схватању права и у начину на који су се попуњавале празнине. Једни су при тумачењу следили искључиво слово извесног прописа, а други су поред тога тражили његов дух, његов унутрашњи смисао, његову логичну везу са осталим правним системом. Исто тако при попуњавању празнина правници се разилазе.[35]) Једни држе да се само помоћу аналогије могу попуњавати празнине у правном систему, а други допуштају да се то чини помоћу слободног стварања (ерреи) и народних обичаја (урф-адет).

У схватању постојаности права постоје такође разилажења међу исламским научницима. Док једни стоје на гледишту да шеријатско право као божанско право не подлежи променама, дотле други постављају принцип да ово право допушта еволуцију кад то захтева време и његове потребе.[36])

Научници не сматрају ову подвојеност као какво зло, они је шта више оправдавају са једним хадисом који гласи: Подељеност која влада у мојој заједници претставља знак милости Божије.[37]) На основу ове традиције исламски научници нису сматрали јеретиком онога који изнесе одвојено мишљење под условом да се оно заснива и изводи из основних извора Курана и Суннета. Премда је ова подвојеност у тумачењу могла наћи своје оправдање у теорији, она се тешко осећала у практичном животу, јер је то водило народ у заблуду и неизвесност и слабило дисциплину и јединство заједнице. Због тога се доста рано почео тражити пут и начин да се поменута подвојеност отклони. У том смислу сами научници чине прве покушаје и напоре, јер они стварно, како је то напред речено, почеше постепено одустајати од апсолутног права тумачења и повињавати се прво методама а онда решењима

[35]) Школа захирија придржава се граматичког тумачења текстова (захир). Међутим, ханефијска школа па и друге школе дозвољавају логичко тумачење. — Ибни Рушд, Бидаја, св. I, стр. 2.

[36]) Овај принцип јасно поставља ханефијска школа у овој правној максими: Не може се порећи да се променом времена мења и примена закона. — Мецелла, § 39.

[37]) Шејбани, op. cit., св. I, стр. 6.

својих претходника. Државне власти и јавно мњење вршили су такође у овом погледу важну улогу. Исламски су владари често пута интервенисали и стављали у дужност судовима и осталим државним властима да своје одлуке имају заснивати на решењима одређеног правника.[38]) Осим тога решења извесног правника могла су преовладати у народу под утицајем јавног мнења које је усвајало обично она решења која најбоље одговарају потребама и схватању средине.[39])

Ова три фактора интелектуални свет, владари, јавно мњење створили су од извесних научника праве научне ауторитете, прогласили их за оснивачe одређеног правца, школе (мезхеба). Тако је у прва три века по Хиџри изашло на глас око тридесет ауторитативних научника, а њихови правци, школе презивају се по њиховим именима.[40]) Током времена многе су школе изумрле тако да су данас остале у животу још само четири: ханефијска, маликијска, шафијска и хамбелијска.

Ханефијска школа добила је своје име по чувеном научнику и правнику Имам-Азам-Ебу-Ханифа који је пореклом из Персије. Родио се у Куфи 80 године по Хиџри (699 по Хр.), а умро 150 по Хиџри (767). Он је својом учевношћу и побожношћу стекао велики углед у научном свету и у народу. Његова тумачења скупили су у посебне збирке његови ученици међу којима су се истицали нарочито ова тројица: Ебу-Јусуф-Јакуб, Мухамед-Ебу-Хасан-Еш'шејбани и Зуфер. Ова су три ученика много допринела популаризовању, утврђивању и ширењу ханефијске школе.

Ханефијска школа одликује се тиме што признаје еволуцију права, што се при тумачењу не држи само слова него и духа

[38]) Харун-Рашид познати халифа из породице Абасовића (786 – 809 по Христу) хтео је декретовати у своме царству као обавезно учење Имама Малика, али овај то није дозволио. — Шарани, Мизан, св. I, стр. 38. Међутим, мало доцније халифа Мемун издао је 827 по Христу наредбу којом се усваја као обавезно учење мутезилија, а његов наследник халифа Мутевакил декретовао је 847 као обавезно учење сунија о томе да Куран постоји од вечности а да није створен.

[39]) Ханефијска правна школа дозвољава да жена може вршити судску функцију у грађанско-правним пословима. — Мавердиi, Ел' Ахкаму-Султанија стр. 61; Димишки, Рахмет-ул-уммети фи ихтилафил-еиметн, Каиро 1351, св. II, стр. 197 (штампано на окрајцима Шаранина Мизана). У пракси је преовладало супротно гледиште.

[40]) Шарани у своме Мизану (св I, стр. 47) набраја 18 правних школа и оправдава њихова гледишта и методе тумачења. О правним школама и о њиховим методама говори такође г. Муфтић у своме чланку „Kratak pregled vrela šerijatskog prava", Mjesečnik, Zagreb 1921, str. 86-88.

правних прописа и на концу што празнине у правном систему попуњава помоћу аналогије (кијас), слободног стварања (ер-реи) и правних обичаја. Она ипак употребу аналогије и слободног стварања ограничава нарочитим поступком одабирања (истихсан). То значи да се при тумачењу мора усвојити оно решење које најбоље одговара друштвеним потребама и приликама. Због претеране употребе анологије и слободног стварања ову школу називају ехл-ер-реи.[41]) Овој школи припада највећи број сунија. Њој припадају муслимани у Малој Азији, Сирији, Палестини, Ираку, Афганистану, Кини, једном делу Индије и Египта као и муслимани у Југославији и осталим државама у Европи.

Маликијску школу основао је велики научник Имам-Ебу Абдулах-Малик-бин-Енес. Рођен је у Медини 95 год. по Хиџри (715) а умро 179 по Хиџри (795). Он се прославио као одличан познавалац хадиса, традиције и о томе је написао знаменито дело „Муветта". Он је око себе окупио велик број ученика. Његовим предавањима присуствовао је халифа Харн-ер-Рашид као и Шафи, оснивалац шафијске школе о којој ће већ бити речи[42]). *Ова се школа одликује тиме што ограничава појам иџмаа као извора на сагласна решења научника Медине, града где је Мухамед провео последње године свога живота, што признаје мединске обичаје као извор права и напокон што сматра да се хадиси, традиција као и прописи изведени на основу аналогије и слободног стварања могу изменити, преиначити кад дођу у супротност са интересом заједнице (истислах)*[43]) Ова школа признаје еволуцију права, али препоручује да се при тумачењу држи дословног значења текстова. Овој школи припадају муслимани Триполиса, Алжира, Туниса, Марока и Западне Африке.

Шафијску школу основао је исламски научник Имам-Мухамед-бин-Идриз-Шафи, рођен у Гази 150 год. по Хиџри (767), умро 204 по Хиџри (820). Он је стајао под утицајем учења ханефијске и маликијске шклоле. Тако, дакле његово учењо претставља неку врсту резултанте учења наведених школа. Он је много писао, али се од његових дела мало сачувало. Он је такође имао велик број

[41]) Шарани, op. cit., св I, стр. 63, 67. Овај писац опширно износи приговоре који су чињени имаму Ебу Ханифи оснивацу ханефиске школе, вбог тога што се много служио аналогијом и слободним стварањем (кијас и ер'реи).

[42]) Шејбани, Тејсир-ул-вусул, св. I, стр. 5.

[43]) Неки европски научници упоређују поступак истислаха са оним поступком из римског права „corrigere ius propter utilitatem publicam". — H. Massé, l'Islam, Paris 1930, p. 93.

ученика међу којима је био Имам-Хамбел оснивалац хамбелијске школе. *Шафијска школа учи да право подлежи еволуцији, да се празнине у праву могу попуњавати на основу аналогије, а не на основу слободног стварања и обичаја.*[44]) *Она одбацује оне поступке о кориговању правних прописа које је усвојила ханефијска и маликијска школа (истихсан и истислах).*

Овој школи припадају муслимани Јужне Арабије, Судана, Источне Африке и Малајских Острва.

Хамбелијска школа добила је своје име по своме оснивачу Имам-Ахмеду-ибин-Хамбелу који је рођен у Багдаду 164 по Хиџри (780), а умро 241 по Хиџри (855). Он је био Шафин ученик истакао се убрзо као добар познавалац теологије и права и постигао велики научни углед. Његово учење је скучено, реакционарно у поређењу са учењем оснивалаца других школа. *Он ограничава појам иџмаул-уммета као извора на она решења која су сагласно донели другови Мухамедови (асхаби). Он одбацује обичаје и слободно стварање, али дозвољава примену само законске аналогије (кијас-џали.*[45]) Он не допушта да се истражује унутарњи смисао, дух правних прописа, него при тумачењу се мора строго држати њиховог дословног значења.

Ова школа има мало присталица, њој припадају муслимани Централне Арабије, Неџда.

Поменуте четири школе слажу се у основним изворима, принципима права, а разилазе се у начину тумачења. *Према томе оне се међусобно сматрају исправним и дозвољавају без икаква зазора и последица: 1) да сваки муслиман може променити школу по својој увиђавности, 2) решити одређени спор по прописима и са стране судије који припада другој школи, 3) засновати извесни правни посао према прописима које било школе, 4) да владалац може наредити судијама и осталим управним властима да спорове у његовој држави решавају према прописима одређене школе.*[46])

[44]) Он је једном приликом рекао да признаје као изворе: Куран, сунет и решења изведена на основу аналогије из ова два напред наведена извора. — Шарани, Мизан, св I. стр. 56.

[45]) Он врло оштро осуђује присталице ер'реа, слободног стварања. — Шарани, Мизан, св. I, стр. 58.

[46]) У пракси југословенских шеријатских судова има примера да се извесни спорови о разводу брака пресуђују према прописима других школа. У Египту владалац припада ханефиској школи и судови морају пресуђивати све спорове грађана без обзира на школу према прописима ханефијске школе. — Шејх-Ахмед

II Шиије су присталице мишљења да после смрти Мухамедове право на халифат и на исправно тумачење Курана припада зету Мухамедову Алији и његовим мушким потомцима. По њиховом учењу ово се право заснива на вољи Божијој. Сам је Мухамед означио, изабрао за наследнике своје духовне и световне моћи свога зета Алију и његово мушко потомство. Он је још за свога живота упутио Алију у тајне тумачења, открио му путеве сазнања и после тога ова се способност преносила истим путем са оца на сина. Ово веровање шиије сматрају као догму и називају га „вилајат". *Дакле код шиија под појам Суннета улазе сва она тумачења која потичу од Мухамеда, Алије и његових директних мушких потомака.*

Шиије додуше признају исламској заједници право да тумачи Куран и Суннет, али они решењима ове заједнице не приписују карактер неприкосновености, непогрешивости као што то чине сунније. Они не признају принцип да претходне генерације могу својим решењима ограничити право тумачења следећих генерација. Све генерације, па и садашња, имају право да на темељу основних извора Курана и Суннета доносе нова решења. Дакле, право апсолутног иџтихада код њих још и данас постоји. Њихова секта није могла одржати своје јединство и она се разделила у више школа од којих су најзнаменитије ове три; имамије, исмаилије и зеидије.[47])

Имамије признају као праве наследнике Мухамедове и непогрешиве вође, имаме (имам масум) Алију и његових 11 мушких директних потомака, исмаилије признају као исправне наследнике Мухамедове Алију и његових 6 мушких потомака, а зеидије Алију и његова 4 потомка. За сваку ову школу речи и дела њихових признатих имама претстављају суннет, то јест непогрешиво тума-

Ибрахим, Бејанул-ахвалиш-шахсијати, Каиро 1935, стр. 347. (Прештампано из часописа „Меџеллету Мисрул-муасаре"). У Алжиру муслимани који припадају маликијској школи заснивају често пута вакуфе према прописима ханефијске школе која дозвољава да оснивалац придржи за себе доживотно приходе увакуфљеног добра и да искључи из права уживања своју женску децу у корист своје мушке деце. — F. Peltier — G. H. Bousquet, Les successions agnatiques mitigées, Paris 1935, p. 149.

[47]) Шејх Ахмед Ибрахим, професор шеријатског права на правном факултету у Каиру, набраја 8 правних школа међу које убраја и имамије једну фракцију шиитске секте. — Бејанул-ахвалиш-шахсијати, стр. 313. О учењу шиија и њиховим сектима дали су интересантне податке. I. Goldziher, Le Dogme et la loi de l'Islam, Paris, 1920, p. 161—211; Nikolaus Tornauw, Das moslemisches Recht, Leipzig 1853, стр. 10—14.

чење Курана. Дакле, речи и дела непогрешивих имама служе као извор верских или правних прописа.

III. Хариџије су најстарија секта у исламу. Ту спадају они муслимани који су се побунили против владе халифе Османа и помогли да Алија зет Мухамедов дође на власт. Они су се доцније одвојили и од Алије у оној знаменитој битци код Сиффина (657 н. Хр.) коју је он водио против одметника Муавије гувернера Сирије.[48] Хариџије су се одвојиле због тога што је Алија пристао да изабрани суд реши спор између њега и Муавије, тврдећи да арбитражно решење Куран дозвољава само у случају несложна живота између супруга (Куран IV - Ен Ниса - 35), и у случају преступа забране лова за време хаџа (Куран, V - Ел' Маиде - 95). Дакле, Алија се по њиховом учењу огрешио о Куран, о Божију заповест и не може се сматрати као исправан халифа.

Према томе они признају за исправне халифе, за праве наследнике Мухамедове световне моћи само прву двојицу халифа: Ебу-Бекира и Омера, а њихове одлуке и решења као извор права, јер их је одобрила исламска заједница изрично или прећутно (иџма).

Хариџије признају као изворе права: Куран, Мухамедов суннет, решења прве двојице халифа као и сагласна решења знаменитих научника своје секте. Они су за граматичко тумачење текстова, а противни су слободном резоновању и стварању.

Ова се секта дели на више школа од којих су најпознатије ове две: суфрије и ибадије. Ове две школе слажу се у погледу одређивања појма и вредности појединих извора. Њихова правна решења углавном се подударају, али се разилазе у питањима вере и етике.

Између суннија, шиија и хариџија постоје осетне разлике како у верским тако и у правним питањима. Да се то види довољно је навести следеће примере из јавног и приватног права. У јавном праву највеће разлике постоје око питања халифата, уређења врховне управе исламске заједнице.[49]) По учењу суннија халифа не продужује духовну божанску мисију Мухамедову, он је једино наследник његове световне власти. Он мора припадати племену Курејшија, а долази на власт по избору и пристанку заједнице. По учењу шиија халифат је божанска установа, јер халифа продужује духовну и световну власт и моћ Мухамедову. Сами је

[48]) E. Zeys, Législation mozabite, Alger 1886, p. 14.

[49]) О халифату и о условима за халифу видети: Маверди, Ел-Ахкаму-Султанија, стр. 3—19; Абдул-Вехаб-Халлаф, Ес-сијасету-шеријати, Каиро 1350, с. 52—61.

Бог одредио да Мухамеда наследе Алија и његови мушки потомци. Дакле, на халифат се долази по наследству и вољи Божијој, а не по избору и пристанку заједнице. Према томе они не признају за исправне прву тројицу халифа Ебу-Бекира, Омера, Османа, нити признају њихова решења као изворе права.

Хариџије се приближују у овом питању сунијама и стоје на гледишту да је халифа наследник световне моћи Мухамедове, да се за халифу долази по избору заједнице и да за халифу може бити изабран сваки достојан муслиман без обзира на племе, род и сталеж.

Из наведеног се може видети да се државно-правни систем сунија приближује аристократско-републиканском режиму, систем шија режиму наследне и апсолутне монархије, систем хариџија режиму демократске републике.

Што се тиче приватног права највеће разлике постоје у питању брака. На пример сунније забрањују привремени брак (мут'а) а дозвољавају мешовити брак, а обратно шије дозвољавају привремени а забрањују мешовити брак. Хариџије се у овом питању подударају са решењем сунија [50])

Сунијама припада огромна већина муслимана на свету. шије су у већини у Перзији, а има их и у Индији и Јемену Хариџија има у Алжиру (Мозаб), у Триполису, Оману и Занзибару.

Муслимани Југославије припадају сунијама ханефијске школе.

§ 5. *Карактеристике шеријатског права*

Исламски правници приписују шеријатском праву три карактеристике: а) *сакралност*, б) *савршеност* и в) *универзалност*.

Сакралност шеријатског права огледа се у његовим изворима и у његовој санкцији. По исламском учењу шеријатско право има божанско порекло, јер је Бог дао у Курану основне принципе и темеље на којима ће се изграђивати ново боље и моралније друштво. Он је загарантовао овај правни поредак са двоструком санкцијом: казном на овом и казном на будућем свету. На основу овога долази се до закључка да у исламу између вере и права постоји уска везаност.

[50]) Исламски се научници не слажу у томе кад је и ко је забранио привремени брак. Већина стоји на становишту да га је забранио Мухамед за време опроштајног хаџа (хаџ-ул-веда). Међутим, други стоје на становишту да је ову установу забранио халифа Омер. — И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 47. Шиије сматрају да је ова забрана уследила на основу решења халифе Омера кога они мрзе и не признају пуноважност ове његове одлуке.

Савршеност шеријатског права изводи се из његовог божанског порекла. У овом правном систему по исламском учењу могу се наћи, извести решења за све спорове који настану у друштву. У смислу овога судије и остали друштвени фактори дужни су пресудити сваки спор који им се доносе на решење.

Универзалност изводи се из чињенице да се исламско учење не ограничава на поједине народе и на одређено време, него је објављено и односи се на цело човечанство и за сва времена. Према овоме примена овог права не би се могла ограничити ни по времену, ни по месту, ни по материји. Ове карактеристике дају повода да се закључи да се шеријатско право као верско право може примењивати само на муслимане и да се не може мењати, да не подлежи еволуцији.

Међутим, сами Куран обеснажује овакве закључке. Он поставља принцип да се шеријатско право може применити и на немуслимане, а да то само по себи не повлачи промену вере и прелаз у ислам.[51]) Исто тако Куран признаје и еволуцију права као спољне формалне стране религије. У духу тога већина исламских научника поставља принцип да се правни прописи могу мењати кад то захтевају друштвене потребе и време. Овај је принцип јасно изражен у овој правној изреци коју поставља ханефијска школа: „Не може се порећи да се променом времена мења и примена закона". Шеријатско право у ствари је еволуирало све до четвртог века по Хиџри у оквиру принципа које постављају основни извори. После овога настаје стагнација, јер се на основу прећутне сагласности дошло до затварања „иџтихада", права на самостално и непосредно тумачење основних извора. Правни прописи изведени у прва три века нису могли задовољавати све потребе исламског друштва које се налазило у сталној политичкој и економској трансформацији.

Живот је тражио своје. Дошло се до тога да су поједини исламски владари почели издавати законе (кануне) са којима су допуњавали а некад и замењивали шеријатске прописе.[52]) У истом је правцу деловала судска пракса и народни обичаји. Под утицајем ових фактора шеријатско право губило је током времена све више

[51]) Куран, V-С. Ел' Маиде-45: Ако они затраже да им судиш онда им суди или апстинирај.

[52]) Од свих исламских држава Турска је највише издавала кануне. Спахиски систем и земљишно законодавство у овој држави били су регулисани канунима. За време владарине Сулејмана II (1520—1566) издата је прва збирка кануна о земљишном поседу „Ерази-канунама".

и више своју примену. Тако се данас у неким исламским крајевима ово право уопште не примењује, а у неким опет његова је примена сведена углавном на регулисање породичних и наследних односа. У теорији јавља се у последње време једна струја за препорођај шеријатског права. Она заступа мишљење да треба дозволити исламским научницима да у духу Курана и Суннета доносе нова правна решења која могу задовољавати потребе данашњег друштва.

У шеријатском праву све до недавно није постојало званичних законика. Судило се на основу дела појединих исламских правника. То је стварало тешкоће, јер су дела правника непрегледна и преопширна, дакле незгодна за оријентацију и што су правници поједина питања, случајеве расправљали казуистички и решавали на различите начине. Да би се избегли ови недостаци многе су државе у новије време приступиле кодификацији шеријатског права. Прва је Турска предузела овај посао и кодификовала шеријатско грађанско право у законику који се назива „Мецела", а породично право у законику под именом „Аилекарарнамеси" Овоме су примеру следовале и друге државе као Египат, Тунис и Алжир.[53])

Код нас у Југославији шеријатски судови још и данас заснивају своје пресуде на делима појединих правника и на збиркама фетви где су садржана практична решења извесних случајева и спорова.

---

[53]) Египат је кодификовао породични статус муслимана 1875 год. у збирци која носи назив Ел' Ахкаму-шерија. У новије се време заговара да се кодификује породично право и других вероисповести и да те спорове пресуђују грађански судови (мехакиму-ехлије). — Д-р Хамед Заки, Ел-мехакиму-ехлије вел-ахвалу-шахсије (прештампано из „Канун-вел-иктисад", органа правног факултета у Каиру), Каиро 1934 год.

Тунис је кодификовао шеријатско облигационо право 1907 год. У Алжиру је израђен 1914 год. један пројекат шеријатског законика који још није ступио на снагу. — Marcel Morand, Etudes de droit musulman et de droit coutumier berbère, Alger 1931, p. 271—292.

Аустриска влада израдила је у облику законика једну информативну збирку шеријатског породичног и наследног права за своје судске и управне власти у Босни и Херцеговини: Eherecht, Famllienrecht und Erbrecht der Mohamedaner nach dem hanefitischen Ritus, Wien 1883.

Брачно право

Из исламског учења произлази да три установе обезбеђују одржавање и развој човечанства: брак, држава, религија. Брак обезбеђује умножавање људи, држава одржава поредак и правду у друштву, а религија одређује коначни циљ свих стремљења и настојања и у људима буди свест о бесмртности.

Брак служи као подлога и држави и религији, јер служећи као средство за умножавање људи, он обезбеђује живот државе и даје смисао религији. Према Курану брак је постојао пре стварања људи на земљи. Бог је још у рају успоставио ову везу између праотаца људског рода. Брак по своме пореклу није само социјална него и метафизичка установа.

Исламски се брак може дефинисати као уговор о заједници живота између два лица супротног пола који се закључује у нарочитој форми а циљ му је: морално употпуњавање и усавршавање супруга и рађање потомства. Из ове дефиниције произлази да су за остварење брака потребна четири основна елемента: два лица супротног пола, њихов уговор о заједници живота, нарочита форма тога уговора и могућност испуњавања циља.

1) Брак је однос између два лица супротног пола. То је један услов без кога се не би могла замислити брачна заједница, ни испунити њен циљ. Ислам дозвољава полне односе само у браку, а одржавање тих односа изван брака сматра као грех и урот, против Божијих закона. Напротив, нормалне односе у браку ислам сматра као нешто безгрешно и Богом успостављено и заповеђено.

2) Брак је уговор о заједници живота. Дакле, без уговора и споразума нема ни брака. Али сваки уговор између мушкарца и жене није брак па макар они заснивали извесну заједнуцу живота или какву заједницу имања и рада. Да се оствари брак потребно је да се муж и жена споразуме, уговоре заједницу живота у нарочито прописаној форми.

3) Циљ брачног живота лежи у моралном усавршавању и рађању потомства. Ислам даје браку двострук циљ: морални и генеративни, али ипак се не тражи од супруга да морају испунити обадве ове сврхе. Довољно је да су у стању остварити моралну сврху, да се могу морално помагати и усавршавати. Према томе брак се дозвољава и може се остварити и између лица која нису способна за полне односе ни за оплођење.

4) За ваљаност брачног уговора шеријат тражи нарочиту форму: тражи се да брачни другови изјаве своју вољу у присуству два способна мушка сведока или једног мушког сведока и две жене.

Пошто је брак тако важан социални фактор, ислам га препоручује својим следбеницима и сматра да је живот у брачној заједници много похвалнији него уздржавање због побожности. Иако ислам хвали и узвисује овакав живот, он ипак саветује брачним друговима да буду опрезни при заснивању брачне везе. Брак је добар и целисходан само онда ако може осигурати срећан живот, а то се може остварити једино ако су брачни другови здрави, полно способни, морално одгојени, материално осигурани и ако међу њима постоји љубав.

После овог кратког увода о значењу и дефиницији брака биће говора: 1) о историји постанка исламског брачног права, 2) о склапању брака, 3) о последицама брака, 4) о престанку брака.

ПРВА ГЛАВА

Историја постанка исламског брачног права

Исламско брачно право не може се правилно схватити и оценити без претходног познавања обичајног права Арапа које је стварно послужило као дивља подлога за стварање исламског правног система. Дакле, на овоме ће месту бити говора у првом реду о брачним обичајима Арапа, а затим о томе како је ислам поступио са тим обичајима, и у колико су они могли послужити за стварање исламске концепције о браку и прилагодити се исламском моралу и новим приликама.

ОДЕЉАК I.

Брачно право у Арабији пре ислама.[54])

Да би се добио прегледан приказ о постављеном питању, потребно је испитати најпре врсте бракова тога времена, а истом онда њихове главне карактеристике.

1. Врсте бракова. — У Арабији пре ислама постојале су следеће три врсте брака: *полиандрија, полигамија и моногомија.*

Прве податке о полиандрији даје грчки писац Страбон концем првога века пре Христа. Он пише о тој ствари овако: „Међу члановима исте породице постоји заједница имања. Сви чланови живе у браку са једном истом женом. Онај који жели да уђе код заједничке жене и врши с њом односе дужан је обавестити друге и ставити свој штап преко врата. Жена проводи ноћ искљу-

[54]) Ово исто питање третирали смо у чланку: Брак у Арабији пре ислама, Архив за правне и друштвене науке. Београд 1932, XXV, бр. 1–2, стр. 77 и след. и у чланку: Allgemeine Uebersicht ueber die Entwicklung und die Prinzipien der islamitischen Ehe, Moslimische Revue, Berlin 1931; H. 2—3, стр. 74—88.

чиво са старешином породице."[55]) Ово место из Страбона односи се само на обичаје у Јужној Арабији. Међутим, арапски историчари и песници, који су живели доцније, дају податке о брачним обичајима у другим деловима Арабије. Према овим изворима може се утврдити да је полиандрија постојала у Арабији све до појаве ислама. У ту сврху довољно је навести једно место из дела Имама Бухарије, познатог сакупљача исламске традиције које гласи: „Трећа врста брака практиковала се на следећи начин. Једна група људи, највише њих десет, одржавали би односе са истом женом. Ако би ова жена затруднела и породила се, она би након извесног времена по порођају позвала све своје мужеве и нијedan од њих није смео изостати. Кад би се сви скупили код ње, онда би им она рекла: Ви знате шта је уследило из односа које сте ви одржавали са мном. Ја сам се породила. Ово дете потиче од тебе, о тај и тај, подај му име које ти желиш. Патернитет детета био је дакле одређен и овај се човек не би могао одрећи ове дужности."[56])

Поред ове ограничене постојала је и једна врста неограничене полиандрије, или боље рећи промискуитета, где је једна жена одржавала односе са неодређеним бројем људи. О томе исти писац Имам Бухари пише овако:..... „Четврта врста брака практиковала се на овај начин: један велики број људи имао би односе са једном истом женом, која би се подавала сваком ко би јој дошао. Овако покварене жене извесиле би заставу пред својим вратима као знак обавештења. Ко би год желео могао је слободно ући. Ако овака жена затрудни и породи се сви њени посетиоци морали су доћи по позиву код ње. После тога позвали би једнога вештака, који би досудио дете једном од њих. Од тога часа дете би припадало томе човеку и он га се више није могао одрећи."[57]) Ова не ограничена полиандрија практиковала се као изузетак и то обично у најнижим и најсиромашнијим слојевима народа. У таквим су односима живели дакле они који нису били у стању да оснују самосталну породицу. Ова се установа очувала све до појаве ислама у градовима а нарочито у Меки. Вероватно да се у далекој прошлости ова неограничена полиандрија примењивала у већим размацима, и да се из тога таком времена под утицајем

[55]) Strabos Erdbeschreibung, üb. Dr. A. Forbiger, IV. S. 76, No 783, Berlin, dritte Auflage 1855–1908.

[56]) Имам Бухари, Сахих, Каиро 1343, св. III. стр. 153; Шејбани, Тејсирулвусул, св. IV, стр. 262.

[57]) Бухари op. cit. св. III, стр. 153; Шејбани op. cit. св. IV, стр. 263.

разних социалних фактора развила ограничена полиандрија на одређени број људи или на одређени број сродника.

Интересантно је испитати и установити узроке због којих се одржавала ова појава у брачним односима Арапа пре ислама. Социолози тврде како сиромаштво и вишак мушкараца претстављају главне узроке да се полиандрија примењује и одржава код извесног народа.[58] Та констатација вреди за примену полиандрије код Арапа. Сиромаштво било је стварно најглавнији узрок ове појаве. У полиандрији је живео сиромашни свет, јер појединцу није било могуће самостално преузети одговорност за издржавање породице у једној земљи где је природа ограничила изворе живота. Оно што није могао учинити појединац, могло је више њих заједно, јер заједнички било је лакше платити куповну цену за жену и издржавати њу и децу која би се одатле породила.

Обично су браћа или ближи сродници склапали ову врсту брака, јер је међу сродницима који припадају истој крвној заједници било лакше одржавати равнотежу и добре односе него међу људима чија заједница почива на уговору.

Изгледа да је и овај други узрок, који се огледа у вишку мушкараца, постојао код Арапа и утицао на примену и одржање полиандрије. Само овај вишак у броју мушкараца није се јављао као природна појава, није уследио због мањег броја рађања женске деце, него се јавио као последица једне чудновате социалне установе. Наиме, у Арабији пре ислама увелико се практиковало убијање женске деце. Арапи су сматрали женску децу као недостојна и несрећна бића и обично би закопавали живе девојчице одмах по рођењу.

За ово може послужити као најбољи доказ Куран који на више места оштро осуђује овај нечовечни поступак. Тако, у једној куранској изреци пише: „Кад се коме од њих јави да му се родила ћерка, лице му се смрачи и постане снуждено. Почне се крити од света због овог несрећног догађаја, не зна да ли да је задржи и да се од тога стиди или да је закопа у земљу. О, како ли је њихово суђење неразумно".[59])

Поменути се обичај практиковао увелико нарочито у мање културним племенима. Арапи су сматрали ово као неки верски

[58]) M. E. Westermark, Origine du mariage dans l'espece humaine, Paris 1895, p. 446, 447., M. Lahy, Du clan primitif au couple moderne, Paris 1927, p. 14, 15.

[59]) Kuran, XVI S. E'n Nahlu — 58, 59.

завет и женско дете које би отац одлучио да убије није смело остати у животу док се на његово место не би жртвовале три деве.

Под утицајем овог обичаја разумљиво је да је морао наступити вишак у броју мушкараца, а та чињеница морала је са своје стране деловати и утицати на примену и одржавање полиандрије.

Настаје питање у којој се мери примењивала полиандрија? Према писању Страбонову могло би се закључити да је то била у оно време редовна форма брака бар у Јужној Арабији. Међутим, из доцнијих извора види се да се полиандрија примењивала као изузетак, а да је моногамија, а нарочито полигамија заузела важније место у обичајном праву.

Стварно, уочи појаве ислама полигамија се примењивала у великим размерима особито код номадских племена Централне Арабије. Узрок ове појаве лежао је у животу и схватању номада. Они су сматрали ратничко звање најчаснијим занимањем, а рат и пљачку као редовни извор живота. Сва остала привредна звања, а нарочито земљорадњу сматрали су као нижа звања намењена робовима и женама.

Стални ратови неминовно су водили истребљењу мушкараца. Полигамија је претстављала дакле један начин да се попуњава тај губитак, а уједно заштитну меру полног морала који претставља подлогу, стуб за одржање дисциплине у извесној заједници. Осим тога полигамија је претстављала једну економску установу. На тај се начин прибављала радна снага потребна за обављање многобројних домаћих послова.[60])

Поред полигамије и полиандрије практиковала се доста често и моногамија, а нарочито у оним племенима где су обичаји признавали жени право да својевољно разреши брак. Под таквим околностима било је уистину немогуће живети у полигамији, јер би жена, ради развијеног осећаја љубоморе развела брак, ако би муж узео другу жену.

Арапи су за ово седам векова који су протекли од Страбона до појаве ислама преживели једну осетну промену у схватању брака. Та еволуција у мишљењу производила се самостално и постепено стицајем и силом самих животних околности и економских прилика под којима је живео арапски народ.

У том погледу вршили су видну улогу такође утицаји Византинаца и Персијанаца, са којима су арапска племена, особито она на северу, одржавала сталне политичке и трговачке везе.[61])

[60]) F. Engels, Der Ursprung der Familie, des Prifateigentums und des Staates, Stuttgart 1900, S. 60--64.

[61]) Ign. Guidi, La Arabie antéislamique, Paris 1921, p. 32.

Карактеристике брака. — Овде ће бити говора само о начину склапања брачне везе, власти у браку и на концу о његовом трајању, јер те три основне црте биће довољне да окарактеришу ову социјалну установу.

У *Арабији пре ислама брак се закључивао на следећа три начина: отмицом, купњом и слободним уговором странака.* Према историским подацима куповање жена било је редовни начин склапања брака. Арапи тога времена сматрали су жену као објекат брачног уговора а брак као уговор о куповини и продаји. Обичајно право признавало је уистину оцу и ближим сродницима власт да удају на основу уговора о куповини своје женске сроднике одмах по рођењу. Куповна цена делила се на два дела: на мехр и садак. Мехр је припадао сродницима који би закључили уговор о браку, а садак се обично употребљавао за опрему удаваче.

Међутим, сродници су могли одустати од куповне цене и напросто поклонити извесном лицу своју рођаку за жену. Исто тако било је случајева где би две породице вршиле трампу дејака (шигар) и на овај начин склапале брак.

Било је такођер случајева да се брак закључи на основу споразума између мужа и жене. У овом случају жена је добивала од мужа мехр (венчани дар), а она је њему давала као дар коње и шатор.[62]) Вероватно да се током времена овај поступак развио из уговора о куповини жена, јер се и овде у ствари брачна веза заснивала уз имовинску накнаду.

После овога долази на ред питање о власти у браку. *Арапско обичајно право признавало је искључиво мужу право да врши власт у браку.* Јачина, потпуност ове власти зависила је углавном од начина на који је дошло до склапања брачне везе. Ако је до тога дошло отмицом или куповином, онда је власт мужева била потпуна, она се истовремено протезала на личност женину, на њену имовину и продукте њеног рада.

У случају полиандрије ова власт била је исте природе као и у другим врстама брака. У сродничкој полиандрији власт је припадала, како Страбон пише, најстаријем члану породице. Међутим, ако су у полиандрији живели несродници, онда се ово питање пресуђивало према уговору.

[62]) G. H. Wilken, Das Matriarchat bei den alten Arabern, Leipzig 1884, S. 9; Marcel Morand, Etude de droit musulman algérien, Alger 1910, p. 115; Mohamed M. Salama, Mariage en droit musulman; Montpellier 1923, p. 17.

Дакле, једном речју жена се сматрала као део својине мужеве, кад је брак закључен под наведеним условима. Уосталом, Арапи су називали ову његову власт мулк (својина), јер је он у принципу могао слободно располагати са својом женом, па је и продати другом за жену, али је није могао продати као обичну робињу. Ова је појава била доста честа и вршила се или из нужде или из користољубља, јер је продајна цена припадала искључиво мужу.

Исто тако било је случајева да муж поклони или размени са другим своју жену. Међутим, најкарактеристичнији начин вршења мужеве власти био је „никах-ел-истибда". Ова врста власти се вршила, како пишу сакупљачи исламске традиције, на овај начин: муж би рекао својој жени кад се очистиш од менструације, иди и тражи од тог и тог човека да живиш с њим у полним односима. Муж би се после тога одвојио од своје жене и не би одржавао с њом односе све док она не би затруднела са тим човека. Пошто би жена затруднела муж је могао ако је хтео наставити с њом живот. Овај се брак практиковао у циљу да се добије дете.[63])

То су чинили обично они људи који нису имали деце, или који би желели да им жена породи дете са човеком који се истиче са својим врлинама и јунаштвом.

Поред тога, ако би муж закључио уговор о братству са једним или више лица, тај је уговор сам по себи повлачио заједницу имања и заједницу жена.[64])

Мужева власт огледа се нарочито у томе што је муж могао сасвим слободно, у свако време разрешити брачну везу и отерати своју жену без обзира на њено стање. Муж је такође имао власт да убије своју жену, али само ако се она огрешила о брачну верност.

Власт мужева није се гасила његовом смрћу, она се продужавала на неки начин и после овога часа. Стварно, арапски правни обичаји признавали су право ближим сродницима мужевим да узму његову жену у наслеђе. То се право стицало на један нарочити начин. Наиме, жена је припадала у наслеђе ономе који је први покрије својим огртачем. Онај који би извршио овај чин није био дужан плаћати мехр родбини жене ни накнаду својим сунаследницима. После овога он је могао жену задржати за себе

[63]) Бухари, op. cit., св. III, стр. 153; Шејбани, op. cit., IV, стр. 263.

[64]) Cl. Huart, Histoire des Arabes, t. I, p. 18.

или је продати коме другом. Ако би сродници пропустили ову формалност, а жена се повратила у своју породицу, она се на тај начин ослобађала власти свога умрлог мужа и поново улазила под власт својих родитеља.[65])

Међутим, ако је брак био склопљен на темељу узајамног споразума брачних другова, онда муж није имао овакву власт над својом женом. Она је у ствари била слободна, равноправна своме мужу, она му није дуговала покорност и могла је у свако време самостално и по својој вољи разрешити брак.

Треће питање које треба испитати да би се добио потпунији преглед о постављеној теми односи се на трајање брачне везе.

У време пре ислама брак је могао бити закључен на одређени рок или на неизвесно време.

Брак на одређени рок (мут'а) био је доста честа појава, а практиковали су га обично трговци и радници који су морали због свога занимања често мењати место свога становања. То су чинили такође и они који су желели да испитају способност и упознају карактер жене пре него се одлуче да с њом живе у трајној заједници.

Правни обичаји нису утврђивали рок трајања оваквог брака, странке су га дакле могле уговорити слободно према својој жељи и потребама. По истеку уговореног рока брачна веза могла се продужити само на основу новог уговора.[66])

Брак на неодређено време могао је у принципу разрешити само муж. Он је то могао учинити на три начина: 1) отпуштањем жене, (талак), 2) споразумом који би закључио са сродницима (хул) и 3) испоређивањем жена са својом мајком. (зихар).

Кад је брак разрешен на ова прва два начина жена је излазила испод власти свога мужа и поново се враћала под власт свога оца или ближих сродника. Међутим, у овом последњем случају она је остајала у власти свога мужа који према обичајима једино није смео више ступити с њом у полне односе. Дакле, испоређивање жене са својом мајком повлачило је вечиту раставу између брачних другова.

Жена је такође имала право развести свој брак, али само у оном случају ако га је она лично уговорила. Жене тог доба вршиле су ово своје право на један доста оригиналан начин. Оне

[65]) Куран, IV-С. Ен-Нисау — 19; Хазин, Тефсир, Миср 1317, св. I, стр. 331.

[66]) Шејх-Заде, Шерх-тефсири-Бејзави, Истамбул 1282, св. II, стр. 26; Хазин, Тефсир св. I, стр. 337.

би једноставно направиле улаз у свој шатор на другој страни него је то било до тада. Чим би се ово догодило муж је знао да не ужива више наклоност своје жене и да нема права улазити код ње.[67])

Овако је стање брака затекао ислам који се почео ширити у првим деценијама VII века по Христу.

ОДЕЉАК II

Исламске реформе арапских брачних обичаја

У почетку ислама Куран је доносио прописе само верско-моралне природе. Он је почео доносити прописе социјално правне природе тек кад је ислам заузео маха као духовни покрет и формирао се као политичка заједница.

Тако, стварно више од једне деценије први муслимани регулисали су своје брачне односе по обичајном праву. Тек кад се исламски центар пренео из Меке у Медину, 622 год., Куран је почео доносити норме о браку и постепено мењати старе брачне обичаје који нису могли дати довољно гарантије за правилан развитак друштвене заједнице.

Уистину, обичајно право Арапа није било повољно за одржање добрих друштвених односа и политичког јединства због своје претеране разузданости и разноликости.

Осећала се потреба да се изврше реформе, да се право унифицира, да се браку осигура веће значење, жени шира права и слобода а породици јачи морални основ. Куран је почео постепено реформисати брачно право. За доста кратко време, за мало више од једне деценије извршене су радикалне, али благотворне промене у погледу врсте брака, његова закључења, његова дејства и његова трајања.

Раније поменуте форме брака које су биле уобичајене код Арапа нису могле послужити као добра основа за здрав друштвени живот. Због тога Куран је почео укидати све оне брачне обичаје Арапа који су стајали у противности са његовим моралним системом. У првом реду била је забрањена полиандрија, јер се сматрало да овакве везе претстављају обичну проституцију. То је

[67]) Abdallah-El' Yafi, la condition privée de la femme dans le droit de l'Islam, Paris 1926, p. 21: C'est par ce moyen que Mavlyya la femme du généraux Hatim répudia ce dernier pour ce soustraire à une indigence imminente".

учињено и због тога што је ова врста брака онемогућивала удају већем броју жена и тиме ометала брже умножавање људства.

Премда је Куран забранио полиандрију, он је ипак оставио на снази оне друге две врсте брака: полигамију и моногамију.

Ислам је задржао полигамију из политичких и моралних разлога. У првобитној исламској заједници број жена био је већи од броја мушкараца. Тај је вишак наступио због непрестаних ратова у којима су редовно страдали мушкарци и због тога што је ислам као вера која осигурава жени шира права и слободу привлачио већи број жена него мушкараца. Требало је дакле оставити полигамију и дати овим женама могућност да живе у браку и да рађају децу у дозвољеним односима.

Ипак Куран сматра ову установу као изузетну социјалну меру. То се најбоље види из ограничења под која се она ставља. Куран ограничава број жена на четири, забрањује многоженство онима који нису у стању да сносе терете полигамског брака и да једнако поступају са свим својим женама. То се јасно види из ове куранске изреке: Дозвољено вам је живети у браку са две три и четири жене, али ако се бојите да ћете бити неправични према њима, жените се само са једном слободном женом или са робињом.[68])

Из ове се изреке види да Куран сматра моногамију као основну форму брака. То се још боље види кад се она изрека доведе у везу са оном која јој претходи, и која чини са њом јединство мисли. У тој се изреци говори о браку праоца Адама коме Бог није створио више жена него само једну. Дакле, да је Бог хтео да полигамија буде основна форма брачнога живота, он би то дао као пример у браку праоца Адама.

Уосталом, и сам Мухамед живео је до 53 год. свога живота у моногамији.[69]) Он је тек пред крај свога живота почео практиковати полигамију. То је чинио углавном из политичких и хуманих разлога, у жељи да ступи у родбинске везе са истакнутим арапским племенима и да пружи заштиту неким напуштеним женама.

---

[68]) Куран, IV — С. Ен Нисау — 3.

[69]) О животу Мухамедову постоји на арапском језику неколико дела од којих највећи углед ужива „Сирету-Ресулилахи" од Ибни Хишама. У новије време писано је неколико студија о животу и раду Мухамедову на европским језицима: Emil Dermerghem, La vie de Mahomet, Paris 1929; Осман Нури Хаџић, Мухамед и Коран, Београд 1931, Essad Bey, Mohamed, Берлин 1932.

Иако је живео у полигамији, он је ипак сматрао моногамију као срећнију форму брака, јер она даје јачу чврстоћу породици. Његово поштовање према моногамском браку најбоље се запажа из његове чежње за оним мирним брачним животом који је провео са својом првом женом Хатиџом о којој вели: „Када бејах сиромашан она ме обогатила, кад ме цео свет напустио она ме охрабрила, кад су ме други сматрали лажцем она је поверовала у ме".

У прилог мишљења да је полигамија само једна изузетна мера, нужно зло, могу се навести чињенице што се жени даје могућност да на основу уговора обавеже свога мужа да живи у моногамији[70]) и што се халифи као врховном верском поглавици дозвољава да ограничи или забрани ову установу, ако то захтевају интереси заједнице.[71])

Куран је такође извршио и реформе у погледу закључења брака, које се односе не само на материјалне него и на формалне услове његове ваљаности.

Најважније реформе материјалних услова односе се на брачне сметње. Ислам укида неке брачне сметње које је признавало обичајно право Арапа, као на пр. цивилно сродство или сродство по усвојењу.[72]) Међутим, уводе се неке нове сметње које нису постојале код Арапа као сродство по тазбини,[73]) разлика у религији, полигамски брак са више од пет жена, брачност жене.

Поред тога ислам уводи и нове формалне услове за ваљаност брака. Брачни уговор може се закључити у принципу само на основу узајамне изјаве мужа и жене коју они учине у присуству сведока. Према томе ислам не признаје ваљаност брака који се закључи отмицом, куповином и даровањем жене као што је то био случај у Арабији пре ислама.

Брак се не сматра више као уговор о куповини и продаји него као уговор о заједници живота. Мехр који је према обичајном праву претстављао куповну цену жене и плаћао се у корист њеног

---

[70]) Жена може уговорити приликом венчања или доцније да ће њен брак или брак оне друге жене престати чим се њен муж ожени по други пут. — Анле-Керариз неси од 8 мухаррема 1336 (1917), § 38. Алжирски шеријатски судови допуштају развод брака ако муж не испуњава своје уговорне дужности. — Revue Algérienne, 1933, II, p. 21.

[71]) Abd-Errahman ben El Haffaf, Introduction à l'étude de l'Islam, Alger 1927, p. 26.

[72]) Куран, XXXIII — С. Ахзаб — 36.

[73]) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 22.

оца и ближих сродника добива у исламу ново значење. Према исламском праву мехр има значење венчаног дара који се даје жени а не њеним родитељима.

Најважније куранске реформе односе се на власт мужеву у браку. Куран додуше признаје мужу власт у браку, али се она односи само на особу женину, а не на њену имовину и продукте њезина рада.[74]) *Ова је власт чисто моралне природе и она престаје са раскидом брачне заједнице.* Куран је укинуо онај обичај по коме је жена улазила у заоштавштину мужеву и шта више признаје јој право наслеђа из заоставштине мужеве.[75])

Куран реформише и одредбе обичајног права о трајању и престанку брака. *Брачна заједница може се закључити само на неизвесно време, а не може на рок како су то дозвољавали арапски обичаји.*

Ислам усваја принцип раскидљивости брачне заједнице. Пуноважан брак може престати природним путем (смрћу једног од брачних другова) и правним путем: отказом (вољом мужа или вољом жене ако јој то муж на основу уговора дозволи), споразумом брачних другова и судском пресудом.

Ислам усваја развод брака као нужно зло и дозвољава га само из оправданих разлога. То се најбоље види из ових хадиса: Од свих дозвољених ствари Богу је најмржи развод брака.[76]) Нека Божије проклетство пане на онога који се растави од своје жене због самовоље".

Како се види ислам је заштитио брак, ставио га под окриље вере и контролу заједнице, поставио га на чвршће и моралније основе него је то раније било. Он сматра ову установу као основну социјалну јединицу, јер она има да врши две важне функције, да осигурава чистоћу морала и умножава људски род.

Због тога се препоручује брак свима који су физички и материјално способни да преузму на себе одговорност и терете породице. То се уосталом јасно види из ових куранских прописа: „Жените међу вама оне који још нису ожењени ......" Нека се стрпе они који не могу остварити брак (због свог сиромаштва) све док их Бог не обогати из своје милости .....[77])

Исламска традиција још је одређенија у овоме питању. Тако једна традиција вели: „Поштујте брак као установу

[74]) Ел' Ахкаму-шерија, § 206.

[75]) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 12; IV — С. Ен' Нисау — 19.

[76]) Шејбани, Тејсир-ул-вусул, св. III, стр. 166.

[77]) Куран, XXIV — С. Ен' Нур — 32, 33.

која има циљ да умножава људски род." Једна друга традиција потврђује ову идеју са следећим речима: „О млади људи ко је од вас способан нека се жени, јер ништа као брак не може да обузда и очува чистоту". Ко се год ожени стиче пола веровања, друга половина почива на страху Божијем."[78])

Ислам сматра да ће брак моћи испунити своју природну и социјалну функцију и осигурати срећан и задовољан живот брачним друговима, само онда ако се закључи из добрих и племенитих побуда, ако међу брачним друговима постоји складност, ако су брачни другови здрави и способни да удовољавају својим природним и правним дужностима. Због тога се препоручује брачним друговима да се виде и упознају пре брака, да не закључују брак из материјалних интереса, да воде нарочито рачун о верско-моралној прикладности и да не ступају у брак ако нису у могућности да испуњавају дужности и сносе терете породице.

За овакво схватање брака налази се довољно доказа у исламским изворима а нарочито у исламској традицији (хадисима). Тако у једној од тих хадиса Мухамед препоручује некоме своме следбенику Мугири „Види вереницу, јер ће то боље бити за срећан живот", а опет у другом вели „Ко се жени због лепоте и богатства ни од једног неће имати користи, а ко се жени због моралних врлина Бог ће му надокнадити богатство и лепоту".[79])

Из наведених излагања може се запазити да је ислам извршио једну радикалну измену арапских брачних обичаја. Он је неке обичаје укинуо, а неке усвојио са мањим или већим изменама. Поред тога он је донео и своје одредбе о овом питању. Тако је дакле од усвојених обичаја и нових одредаба створен један јединствен систем брачног права, једно много напредније схватање о браку и положају жене.

Спровођење јединства у правном систему уопште помогао је да се оствари политичка чврстоћа исламске заједнице, јер без

[78]) Ислам осуђује целибат оних особа које су способне да испуњавају своје брачне дужности. Куран осуђује целибат из побожности (Куран, LVII — С. Ел' Хадид — 27). Мухамед је опет једном приликом рекао: Брак је мој правац и онај ко се удаљује од мог правца не припада ми. Једном другом приликом рекао је опет: Жените се и множите се, јер ћу ја помоћу вас повећати свој народ (Шејбани, Тејсир-ул-вусул, св. IV, стр. 257). На основу овог неки су исламски правници закључили да је сваки муслиман и муслиманка дужна да ступи макар једном у животу у брак. — И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 2; Шарани, Мизан, св. II, стр. 115.

[79]) Према једном хадису Мухамед је рекао: Племенита жена је најбоље добро на свету. Шејбани, Тејсир-ул-вусул, св. IV, стр 257.

правног јединства нема потпуног политичког јединства. С друге стране ислам је, признајући браку карактер јавно-правне установе, дао јак морални темељ породици као основној друштвеној јединици.

Међутим, што је најважније ислам је ослободио жену признао јој правну и пословну способност. Од роба, објекта у браку направио је субјекат, правну личност. Тиме јој се дала могућност да сарађује у породици и друштву и да заједно са мушкарцима изграђује морално и социјално учење ислама. Основни исламски извори препоручују у више махова поштивање жене и њених права. Тако, Куран на једном месту вели: „Жене су заштита ваша а ви сте њихова“ (Куран, II — С. Бекаре — 187), а опет један хадис вели: „Бојте се Бога ако окрњите права ваших жена, исплатите им уговорене мехрове, немојте их злостављати, јер ће вам на судњем дану ваша добра дела остати без награде“.

ДРУГА ГЛАВА

Склапање брака

Шеријатско право познаје у принципу само брачну породицу, породицу која се заснива и развија браком.[80]) Ислам познаје две врсте брака: 1) брак са слободним женама, 2) брак са робињама.

Готово код свих исламских народа укинуто је ропство, тако данас брак са робињама има углавном историско значење. То нарочито важи за нашу државу и према томе у овој расправи биће говора само о браку са слободним женама.

ОДЕЉАК I.

Веридба (заруке)

Веридба је постојала и постоји у брачном праву готово свих народа. Ову установу познавало је и обичајно право у Арабији пре ислама, а њу је такође усвојило и шеријатско право.

Исламски правници сматрају веридбу као уговор који има циљ да омогући упознавање будућих брачних другова и да их приправи за брак. Они у својим делима препоручују просидбу, веридбу и поред тога узајамно познавање вереника. С тим у вези правници доносе решење да вереник сме видети код своје веренице откривено лице, руке до иза шака и ноге до чланака.[81])

Шеријатско право сматра веридбу као препоруку а не као обавезу. И према томе брак се може закључити и без претходног заручења.

[80]) Шеријатско право не признаје као европско право адоптивну породицу која се заснива усвојењем. Шеријатско право не признаје ни небрачну породицу као што то признаје законодавство неких европских држава. — Живојин Перић, О изједначењу брачног права у словенским земљама, Београд 1933, стр. 7. (Прештампано из Архива за правне и друштвене науке, Бр. од 25 маја 1933).

[81]) Ahkamu-šerija, § 3; Navavi, Minhadž-at-talibin, Van den Berg Batavija 1883, sv. II, str. 313.

За пуноважност уговора о заручењу траже се они исти материјални услови који су потребни за брак. Тако, на пр. заручење не може уследити међу сродницима у забрањеноме степену сродства и особама међу којима постоје друге брачне сметње о чему ће већ бити речи.

Веридба се склапа узајамним споразумом вереника или њихових заступника. Том приликом вереник обично даје својој вереници какав дар као гаранцију за испуњење уговора, али то није дужан учинити, јер уговор и без тога има своју важност.

Веридба не производи учинак ни на личне ни на имовинске односе вереника и не даје основа да се подигне тужба за извршење уговора. Дакле, вереници немају право да присиле једно другога на закључење брака. То право признају једино обичаји Бербера, муслимана који живе на Атласким планинама у Северној Африци.[82]) Шеријатско право даје веридби ипак извесну заштиту, јер забрањује трећим лицима да просе и заручују туђу вереницу све док се веридба не раскине. Ова се забрана заснива на једном хадису који гласи: „Не заручујте туђу заручницу".[83]) Узрок ове забране је чисто политичког карактера. Тиме су се хтели предусрести евентуални сукоби који би могли наступити између два лица због исте девојке.

Веридба може престати не само природним путем, смрћу једнога од заручника, него и правним путем: узајамним споразумом заручника или одустанком једног од њих.

Раскидање зарука може уследити без икаквог оправданог разлога и без нарочите формалности: изјавом воље једног од заручника. У овом случају невина странка нема права тражити ни моралну (нарушени углед) ни материјалну штету (изванредни издаци) од свог бившег вереника.[84])

Шеријатско право допушта једино тужбу за повраћај дарова али се тим путем могу тражити само они дарови који се још налазе у натури и у власти туженог вереника.

[82]) Bousquet, Précis élémentaire de droit musulman (malékite et algérien) Alger—Paris, 1935, p. 58.

[83]) Шејбани, Тејсирул-вусул, св. IV, стр. 258.

[84]) Муслимани у Босни и Херцеговини сматрају као велик грех напуштање девојке и раскидање зарука без оправданог разлога. То је схватање најбоље изражено у народној песми „Шехер Салихага", који умре због проклетства остављене драге.

ОДЕЉАК II.

Услови ваљаности брака

Шеријатско право, водећи нарочиту бригу о браку поставило је и посебне услове за његову ваљаност. Ти услови имају циљ да заштите интересе друштва, брачних другова и потомства.

Услови ваљаности брака деле се на: 1) материјалне услове (шурути никах), 2) формални услови (еркани никах).

§ 1. *Материјални услови*

Брак је уговор нарочите врсте и за његову ваљаност траже се посебни услови који се могу сврстати у ове три групе: 1) непостојање брачних сметњи, 2) пристанак брачних другова, 3) способност и воља брачних другова да испуне циљ брака.

I) НЕПОСТОЈАЊЕ БРАЧНИХ СМЕТЊИ (МЕВАНИ НИКАХ)

Брак се може остварити и постојати само између два лица супротног пола међу којима не постоје брачне сметње. По своме карактеру сметње се деле на апсолутне и релативне.

Апсолутне сметње су оне чије постојање онемогућује остварење брака, као што је на пр. сродство у одређеном степену. Ако би се брак закључио и поред које овакве сметње, он се ништи по закону или на захтев заинтересованих лица.

Релативне сметње су опет оне које имају карактер забране, као што је на пр. венчање са туђом вереницом. Ако би се брак закључио и поред постојања које релативне сметње, он остаје на снази и не ништи се.

А.) **Апсолутне сметње.** — Исламски правници их деле на две групе: на трајне и на привремене.

Трајне су оне сметње које се не могу никако отклонити. Овде спада само сродство, а све остале сметње, о којима ће већ бити говора, сматрају се привременим, јер престају чим се остваре извесне чињенице. Тако, на пр. брачност жене спада у привремене сметње, јер ово губи карактер сметње чим престане брак и истекне послебрачни рок чекања (иддет) дотичне жене.

Као апсолутне сметње сматрају се ове чињенице; а) сродство, б) број жена, в) брачност жене, г) разлика у вери, д) недостојност, ђ) прекомерни развод, е) иддет.

а) Сродство као брачна сметња. — Ислам признаје три врсте сродства као сметњу за закључење брака: крвно сродство, млечно сродство, сродство по тазбини.

Крвно сродство као брачну сметњу признаје Куран и набраја сроднике између којих је брак забрањен.[85]) Ови су прописи разрађени и детаљно протумачени другим шеријатско правним изворима. Крвно сродство као сметња уведено је из политичко-моралних разлога, у циљу да се сачува друштво од дегенерације и да се одржава узајамно поштовање међу сродницима који живе у истој заједници.

Ово сродство заснива се рађањем у браку и изван брака. То је крвна веза која постоји између два или више лица. Дакле, крвно сродство има два извора. Рађање у браку и изван брака и према томе дели се на брачно и ванбрачно.

Према јачини и према својој вези ово сродство може бити пунокрвно, по дебелој крви и по танкој крви. Пунокрвно сродство постоји међу оним сродницима који потичу од истих родитеља. Сродство по дебелој крви постоји међу сродницима који имају истог оца а разне мајке. Сродство по танкој крви постоји опет међу оним сродницима који имају исту мајку а разне очеве.

Крвни се сродници деле на две лозе: на сроднике са мајчине и сроднике са очеве стране.

Крвно сродство без обзира на извор, везу и лозу има исто значење при одређивању брачних сметња.

Ово сродство не сматра се увек брачном сметњом. Оно се сматра као такво само међу ближим сродницима које закон лимитативно набраја и сврстава у две линије: сроднике у правој и сроднике у побочној линији.

У праву линију долазе сродници који директно потичу један од другог као отац и син, дед и унук, а у побочну они који потичу од заједничког претка као браћа и сестре, стричеви и братићи итд.

У правој силазној и улазној линији брак је забрањен до у бесконачност. Тако се дакле не може склопити пуноважан брак међу претцима и потомцима без обзира на степен сродства.

Сродство у побочној линији као сметња за склапање брака није одређено степеном него су лимитативно наведени сродници међу којима је брак забрањен. То су: браћа и сестре, тетке и њи-

[85]) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 22—24.

хови-братићи и сестрићи, стричеви и њихове братичне као и ујаци и њихове сестричне.

У шеријатском праву наведени сроднички односи имају каткад, како ће се то већ видети, шире значење него у општој правној терминологији.[86]) Под браћом и сестрама подразумевају се они сродници који имају као непосредне претке исте родитеље, или истог оца или исту мајку.

Под теткама се разумевају не само очеве и мајчине сестре него и сестре директних мушких и женских предака са очеве и мајчине стране.

Под братићем, братичном, сестрићем, сестричном разумевају се сви мушки и женски директни потомци од браће и сестара.

Под стрицем разумевају се браћа свих предака у правој узлазној линији са очеве стране.

Под ујаком разумевају се браћа предака са мајчине стране у правој узлазној линији.

Брак је међутим према шеријатском праву дозвољен међу првобратучедима, међу потомцима браће и сестара.

Сродство по млеку. — Ову врсту сродства усвојио је ислам из старог обичајног права Арапа. Млечно сродство настаје кад жена задоји својим млеком или ако њено млеко апсорбује на који други начин дете које још није навршило две године живота. Ово се сродство може засновати без обзира на количину апсорбованог млека, као и без обзира на брачно стање, веру и сталеж дојиље.

Ово сродство производи брачне сметње готово у истом омеру као и крвно сродство. Један хадис вели: Сродство по млеку ствара исте забране као и сродство по крви.[87]) Задојено дете сматра се као прави рођени син или кћер дојиље и њеног мужа или онога који јој је проузроковао млеко. Према томе задојено дете не може ступити у брак са оним сродницима своје мајке и оца по млеку са којим не може склопити брак ни њихово рођено дете.

Сродство по тазбини. — Куран је усвојио ову врсту сродства као брачну сметњу из чисто моралних обзира да би се одржавало узајамно поштовање међу ближим сродницима брачних другова.[88]) Ово се сродство заснива у принципу путем брака. То је дакле она веза која спаја једног брачног друга са сродницима

[86]) И. Халеби, Мултека, стр. 105.

[87]) Шејбани, Тејсир-ул-вусул, св. IV, стр. 266.

[88]) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 23.

другог брачног друга. Међутим, по прописима ханефијске школе сродство по тазбини може се засновати не само у браку него и изван брака, у ванбрачним односима. Дакле, према овој школи постоје две врсте сродства по тазбини: брачно и ванбрачно.[89]) Ванбрачно сродство по тазбини заснива сметње у истом степену као и брачно. На пр. ако извесно лице ступи у ванбрачне односе са каквом женом, забрањено му је ступити у брак са оним њеним женским сродницима са којима би му то било забрањено да је та жена живела с њим у браку.

Сродство по тазбини заснива брачне сметње међу извесним сродницима у правој и побочној линији.

У правој линији брак је забрањен са пуницом или са којом од њених женских сродника у правој узлазној линији, са маћехом, са снахама (женама својих директних потомака) и са пасторком. Брак је исто тако забрањен са очухом, пасторком, свекрвом или са којим од њених мушких предака у правој узлазној линији, са зетом, т.ј. мужем једног од директних женских потомака.

Ова се сметња заснива у принципу склапањем брака. Она траје за време брака и по његову престанку. Међутим, сметња за ступање у брак са пасторком настаје и заснива се само онда ако је дотично лице имало брачни састанак са њеном мајком.

У побочној линији брак је забрањен са сестром, тетком, братичном и сестричном своје жене. Ова сметња долази у питање једино у случају полигамског брака и траје само дотле док постоји брачна веза. Према томе једном је муслиману забрањено саставити, живети истовремено у браку са две сестре или са тетком и њеном братичном и сестричном.[90])

б) Б р о ј ж е н а к а о б р а ч н а с м е т њ а. — Правна наука познаје две врсте полигамије: истовремену (simultanea) — кад муж живи у браку истовремено са више жена, и постепену (succesiva) — кад муж после престанка првог брака закључи друге бракове.

Многе вере и обичаји дозвољавају истовремену и постепену полигамију са ограничењем или без ограничења. Црквено право, међутим, не дозвољава истовремену а у принципу ни постепену полигамију, јер се једноме лицу не дозвољава да склопи четврти брак после престанка његова три прва брака.[91])

[89]) Ахкаму-шерија, § 23, 21.

[90]) И. Халеби, Мултека, стр. 106.

[91]) Брачни правилник Српске православне цркве, § 12, т. 8 и § 13, т. 7.

Куран дозвољава истовремену полигамију са ограничењем а постепену без ограничења. Уистину једном, муслиману дозвољено је да живи истовремено у браку са највише четири жене.[92]) Муслиман може венчати четири жене одједанпут или посебно. Он може у браку саставити жене свих оних вера са којима је муслиману дозвољено ступити у брак. Тако, на пр. један муслиман могао би да живи у браку са једном муслиманком, једном хришћанком и једном јеврејком.

Има исламских правника који заступају мишљење да један муслиман може ступити у брак само са једном женом. Они сматрају да је полигамију дозволио Куран као изузетну меру за прве муслимане. Ово мишљење заступају присталице мутезилијске школе.[93]) Напротив, било је правника који су изводили закључак да би један муслиман могао венчати девет жена. Они су дошли до овог закључка сабирањем бројева 2, 3, 4, који су наведени у оном куранском пропису који говори о полигамији.[94]) Ова су два мишљења остала без примене, јер су се исламски народи равнали и равнају по оном мишљењу које дозвољава четири жене.

Поред ограничења у броју жена, Куран поставља такође и ограничења морално-политичке природе. Муслимани који нису морално јаки да могу правично поступати према својим женама или који нису у стању да их потпуно задовољавају и да достојно издржавају не могу живети у полигамији.

Жена на основу закона не може забранити мужу да поред ње не венча другу жену. Она једино може уговором било у часу склапања брака или доцније уговорити да њен брак или брак оне друге жене престаје, ако се њен муж поново ожени.

У последње време појавила се реакција против полигамије у свим исламским земљама. Реакција је наступила нарочито под утицајем идеја са запада и под утицајем учења Ел'Баба и Бахаул-лаха персиских реформатора XIX века.[95])

---

[92]) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 3.

[93]) Mohamed M. Salama, Mariage en droit musulman, Montpellier, 1923, p. 176.

[94]) О томе питању дају исцрпне податке Ибни Рушд и Шејх Заде. — И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 33; Шејх Заде, Шерх Тефсири Бејзави, Истамбул 1282, св II, стр. 6.

[95]) Бабизам и бахаизам су верски покрети који су настали међу муслиманима у Персији у другој половини деветнаестог века. Они су покрети добили име по својим оснивaоцима Ел'Бабу и Баха-ул-Лаху. Њихово учење заговара принцип једнакости жена. — Comte de Gobineau, Les religions et les philosophies dans l'Asie centrale, Paris, 1928, p. 285 и следећа; Н. Е. Еслемонт, Баха-у-лах и ново доба (Превод Д. Илић), Београд, 1933, стр. 140.

Она се најјаче осећала у Турској пре реформа, у Персији, Египту и код муслимана у Русији. У том погледу искристалисала су се три мишљења. Једни су заступали строго исламско гледиште, дакле, да се полигамија дозволи под оним условима које дозвољавају основни исламски извори. Други су стајали на становишту да би требало дозволити полигамију само изузетно кад постоје оправдани разлози. Трећи су опет заузели револуционаран став и тражили да се полигамија и неке друге установе исламског права укину.

Ове идеје нису остале без последица. У наведеним земљама почела се стварно ограничавати полигамија судском праксом и законским прописима. И код југославенских муслимана ове су идеје нашле одзива. Додуше, код њих је полигамија одувек била доста ретка појава. У последње време судска пракса завела је мере против полигамије. Шеријатски судови дозвољавају примену ове установе само ако је прва жена болесна, стерилна, ако прва жена пристаје да живи у полигамском браку и ако је муж у могућности да задовољава и издржава две или више жена.

Наш законодавац био је такође предвидео извесне мере за сузбијање полигамије. Тако, у Закону о таксама од 25 октобра 1923., Т. Бр. 324, заведене су таксе за муслимане који желе да склопе поред постојећег још један брак. Такса је варирала према непосредном порезу од 250 дин. до 500 дин. Ова је фискална мера имала циљ да смањи број полигамских бракова и да приправи исламско јавно мнење за њихово укидање. Сматрало се да је неправично признавати муслиманима једну привилегију јавноправног карактера и узимати само чињеницу што је неко муслиман као довољан основ за искључење противправности због дела бигамије. Ова се привилегија не може правдати поготову кад се узме у обзир да муслимани углавном припадају истој раси и нацији и да уживају по принципу једнакоправности иста грађанска права као и грађани других вера.

По доношењу новог Југославенског Кривичног законика почело се закључивати, на основу његова § 290, да је полигамија забрањена. Ово тумачење није победило, јер се на основу § 23 истог Законика извело тумачење да се кривично дело бигамије из § 290 односи само на немуслимане. Уосталом, ово је тумачење добило званичан карактер у § 4 Уредбе о додацима на скупоћу државних службеника од 27 маја 1931, где се признаје чиновницима исламске вере породични додатак само на једну жену.

Законодавац није забранио полигамију из чисто политичких разлога, бојећи се да то не би произвело негодовање и повредило верске осећаје муслимана.

Он је шта више после доношења Кривичног законика укинуо фискалне мере против полигамије. Стварно, § 45 Закона о судским таксама од 30-V-1930 укинуо је поменути Т.број 324 Закона о таксама.

Дакле, данас код југославенских муслимана наведене мере које је завела судска пракса претстављају најјачу и најозбиљнију запреку склапању полигамских бракова. Због тога као и због економских прилика, ова установа постаје све ређа и ређа и постоји вероватност да ће потпуно ишчезнути у пракси.[96])

в) Брачност жене као сметња за брак. — Полиандрија се практиковала и практикује код извесних народа због сиромаштва и већег броја мушкараца него жена. Њу су дозвољавали, како је то напред наведено, обичаји Арапа пре ислама. Куран је укинуо ову установу, сматрајући је као нешто неморално, као установу која не може испунити и задовољити социалну и моралну сврху брака.

Дакле, једна муслиманка може да живи у браку само са једним мушкарцем.

г) Разлика у вери као брачна сметња. — Прописи готово свих религија сматрају разлику у вери као сметњу за склапање брака и оправдавају то чињеницом да у мешовитим браковима не може бити правог разумевања, складног живота истинске и трајне љубави. Овакви бракови сем тога стварају неповољну средину за правилно верско образовање деце.

Исламско право усвојило је у принципу ову чињеницу као брачну сметњу. Овај се принцип потпуно примењује кад се ради о муслиманци, јер се она може удати само за муслимана. Међутим, од овог се принципа отступа кад је у питању муслиман. Њему је дозвољено склопити брак не само са муслиманком него и са „китабијом", женом која исповеда јеврејску, хришћанску или сабејску веру.[97]).

---

[96]) Г. Бартош заступа мишљење да турски поданик исламске вере не би могао у Југославији бити кажњен за дело полигамије, премда турско законодавство забрањује полигамију. М. Бартош, Сукоб приватних закона у кривичном праву, Архив, 1931, XXIII (XL), стр, 91.

[97]) Ахкаму-Шерија у § 122 јасно поставља овај принцип по коме се муслиманка не може удати за немуслимана. Куран дозвољава брак муслимана са хришћанком, јеврејком и сабејком (V — С. Манде — 5). Сабејци су једна секта

Како се види, шеријатско право заступа у овом случају начело неједнакости мушкарца и жене. Ова се неједнакост оправдава са разлозима моралне, политичке и економске природе. Брак муслиманке са немуслиманом био би неприкладан, неповољан због тога што ни јевреји ни хришћани не признају ислам. Ова чињеница претстављала би праву опасност за веру жене, поготову кад се узме у обзир да у браку жена долази под власт и у породицу мужа. Опет деца из таквог брака припадала би оцу, следила би његову веру, дакле не би било целисходно према учењу исламских правника да једна муслиманка рађа децу која ће следити, припадати и одгајати се у неисламској вери и духу. Кад би се муслиманка удала за немуслимана она би исто тако настојала да свој иметак пренесе на своју децу, а то би значило економско слабљење муслиманске заједнице. Ови разлози углавном не постоје кад је у питању муж пошто жена долази под мужеву власт и његову породицу, а деца која се роде из мешовитог брака следе веру очеву. Поред свега тога шеријатски правници неповољно гледају бракове са немуслиманкама, нарочито они који припадају маликијској школи. Они сматрају брак са муслиманком као много повољнији, јер он обећава бољу слогу и споразум међу брачним друговима и осигурава исправнији одгој деце.

Иако шеријатско право признаје жени немуслиманци право да слободно исповеда своју веру, оно јој ипак не признаје у браку исти положај као муслиманци. Тако, она не може бити тутор својој деци нити наследити свога мужа.

Поред свих ових чињеница мешовити бракови доста су честа појава код југословенских муслимана.[98]) Њихов број износи више од један од сто од свих закључених бракова пред шеријатским

која у себи садржава доста елемената из учења јевреја, хришћана и Персијанаца. — Salomon Reinach, Histoire générale des religions, Paris 1914, p. 107.

[98]) Г. Ж. Перић сматра да у смислу прописа који важе за Србију, муслимани не би могли на територији Србије склапати пуноважне бракове са хришћанкама. — Ж. Перић, Лично брачно право, Београд 1934, стр. 29.

Исто тако Митрополија у Цетињу тражила је својим актом бр. 353 од 6. III 1931 год. да се поништи један брак између муслимана и православне склопљен према прописима шеријата. Своје је тражење митрополија оправдавала са прописима конзисторског устава за Црну Гору чл. 173, т. 4. Министарство правде одбило је тај захтев својим решењем од 7-IV-1933, бр. 34426 који заснива на § 2 т. 1 Закона о шеријатским судовима и шеријатским судијама од 21-III-1929.

Муслимани данас могу у смислу наведеног закона склапати мешовите бракове на територији целе Југославије без икаквих ограничења.

судовима.[99]) Нарочито су чести мешовити бракови у великим градовима и у покрајинама где су муслимани слабо насељени као Војводина, Хрватска, Словеначка и Далмација.

Против мешовитих бракова јавило се код наших муслимана, особито код верских претставника извесно негодовање. Они не одобравају ове бракове и сматрају их као средство помоћу кога се поткопавају темељи исламске породице. Муслиманско јавно мнење особито осуђује оне мешовите бракове које склопи муслиман или муслиманка по прописима које друге вере или по прописима грађанског законика.

Шта више на конференцији претставника исламске верске заједнице у Сарајеву од 14-VII-1931 г. говорило се против бракова које закључи муслиман или муслиманка пред верским властима које друге религије и тражио се пут и начин да се у будуће онемогуће овакве брачне везе. Било је такође и случајева да верске власти ниште овакве бракове. Та њихова решења нису могла произвести жељене последице, јер се сматра да брак ваљано склопљен по прописима које било признате религије или грађанског законика може поништити само она власт која га је склопила.

д) Недостојност као брачна сметња. — За срећан брачни живот и одржавање добрих односа међу брачним друговима потребно је да они одговарају, да доличе једно другом по својим физичким и моралним особинама и социалном положају.

Верска и грађанска законодавства, водећи велику бригу о браку, настоје да онемогуће бракове који би могли довести због недоличности до евентуалних сукоба између брачних другова и њихових породица. Узроци недоличности разликују се од једног народа до другог. Једни узимају у обзир више физичку (раса, узраст, полна потенција), други моралну (морал, вера, одгој), трећи социалну недоличност (занимање, сталеж, класа).

Шеријатски правници су се много занимали овим питањима. Они су на основу Курана и других извора извели прописе о томе какве услове требају испунити брачни другови, па да њихов брак буде прикладан, доличан.[100])

---

[99]) На територији Улема-Меџлиса у Сарајеву склопљено је у години 1931 бракова: 8166 чисто исламских и 102 мешовита. — Извјештај о раду Улема-Меџлиса у Сарајеву, Сарајево 1932, стр. 106.

[100]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 221; XXIV — С. Ен' Нур — 3 и 26; И. Халеби, Мултека, стр. 110; Ахкаму шерија, § 62-70.

Највише се води рачуна о моралним особинама и социалном положају и тражи се да супрузи одговарају једно другом по исламу, имовном стању, племенитости, занимању и пореклу. Ова четири прва услова морају се узимати у оцењивање без обзира на расу супруга, а овај последњи само кад су у питању Арапи.

Прописи о достојности не садржавају само препоруку него у извесним случајевима имају карактер сметње. Тако, шеријат сматра наведене чињенице као сметњу кад је у питању жена, јер она у принципу не може склопити пуноважан брак са недоличним, недостојним човеком, док се мушкарац може оженити са себи недоличном женом.

Ипак ова сметања нема апсолутни карактер. Она се може отклонити претходним пристанком женина законског заступника, који је редовно отац или ближи сродник. Стварно, брак се сматра пуноважним кад га склопи жена макар и са недостојном особом, ако за то буде претходно добила пристанак свога законског заступника. Недостојност која би уследила по закључењу брака не утиче на пуноважност брака.

Ова је мера заведена због женине лакомислености, дакле у жељи да се заштите интереси жене и њене породице. Да би се предупредиле, отклониле злоупотребе, шеријатски судови траже пре склапања брака пристанак законског заступника. Тај се пристанак обично даје пред свештеником који издаје уверење о непостојању брачних сметњи.

Како се види, шеријатско право предвиђа, прописује грађанску санкцију, поништај брака, за повреду прописа о доличности, достојности супруга. Југословенски законодавац руковођен истим обзирима предузима, прописује мере за заштиту недораслих девојака. У ту сврху Кривични законик предвиђа у § 293 кривичну санкцију, казну за онога који склопи брак са девојком испод 18 година без одобрења њених родитеља или законских заступника. Ово се дело гони по предлогу заинтересованих лица, а то они могу чинити само у случају ако се брак претходно поништи. У смислу овог прописа родитељи или законски заступници могу поднети тужбу против оног лица које склопи брак по прописима које било религије без њихова претходног одобрења са њиховом ћерком или штићеницом млађом од 18 година и то само у случају ако би та брачна веза била поништена.

ђ) Прекомерни развод као брачна сметња. — Лице које се разведе, откаже брак три пута истовремено или постепено, не може се поново венчати са својом разведеном

женом, док се не испуне законом прописани услови. Потребно је наиме да та жена ступи у брак са трећим лицем, с њим одржи односе и да после тога овај њен брак престане правилним путем.[101])

Кад се ови услови испуне и жена издржи прописани иддет дозвољено јој је да поновно ступи у брак са првим мужем. Ово је сметња, како се види, привременог карактера, може се отклонити. Она је уведена Кураном у циљу да се предусретну непромишљени, неоправдани разводи бракова.

е) Иддет као брачна сметња. — Иддет је послебрачни рок чекања у коме разведена жена не може склопити брак са трећим лицем.[102]) Дужина овог рока чекања овиси о томе да ли је брак престао разводом за живота брачних другова или због смрти мужеве као и о томе да ли је жена трудна или не.

Ако је брак престао после брачног састанка али за живота мужева, онда иддет траје обично три месеца под условом да жена није трудна. У случају трудноће иддет траје све до порођаја. Међутим, кад брачна веза престане смрћу мужа, иддет траје 4 месеца и 10 дана, без обзира да ли су брачни другови имали састанак или не. У случају трудноће иддет се свршава тек по порођају.

За време трајања иддета жена не може ступити у брак са трећим лицем, али може са својим мужем, ако не постоји која друга сметња.

Иддет као сметња уведен је углавном као мера да би се могло утврдити да ли је жена трудна или не и да се на тај начин избегне несигурност патернитета детета.

Ово су апсолутне сметње које признаје ханефијска школа чији се прописи примењују у Југославији. Друге школе познају још неке апсолутне сметње као смртна болест и ихрам, време у коме хаџија мора носити посебно одело приликом посете светог места Меке.[103])

---

[101]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 230; Шејбани, Тејсир-ул-вусул, св. IV, стр. 270.

Исто тако мужу није дозвољено поново ступити у брак са женом с којом се развео због обеђивања да се она огрешила о брачну верност (лиан), све док он не повуче своје обеђивање. — Ахкаму-шерија, § 340.

[102]) Куран, II. — С. Ел' Бекаре — 228 и 234; Ахкаму-шерија, § 310–323.

[103]) И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 37, 38.

Б) **Релативно сметње или забране.** — По своме карактеру оне се могу сврстати у две групе: забране верског и забране световног карактера.

а) Верске забране. — Шеријатско право познаје неколико чињеница које сматра као забрану за склапање брака, али које ипак не утичу на ваљаност брака ако би он случајно био склопљен. Ту спада веридба, непознавање основних исламских принципа (шартова) и сиромаштво.

Веридба. — Како смо већ навели исламски правници, позивајући се на један хадис који гласи: Не заручујте туђу вереницу, забрањују склапање брака са туђом вереницом све док се веридба не раскине. Ако би се брак случајно закључио и поред ове забране, он остаје у важности по учењу ханефијске школе. Правници маликијске школе међутим сматрају веридбу као сметњу и дозвољавају заинтересованим странкама да траже поништај брака, ако би вереница склопила брак са трећим лицем пре него се веридба раскине правилним путем.[104])

Непознавање основних принципа исламске вере. — Има исламских правника који ово сматрају као забрану за склапање брака, јер онај који не познаје основне принципе своје вере не може ваљано да врши ни дужности које извиру из брака као верске установе.

Има шеријатских судова у Југославији који не дозвољавају склапање бракова онима који не познају основне принципе ислама. Нарочито се то практиковало у Јужној Србији. Врховни шеријатски суд у Скопљу својим решењем од 7-III-1932. Бр. 229 укинуо је ову забрану на свом подручју.

Сиромаштво. — Куран забрањује брак онима који не могу преузети одговорност породице са речима: Нека се стрпе они који не могу остварити брак (због свог сиромаштва) све док их Бог не обогати из своје милости....

Ова забрана нарочито долази у обзир у полигамском браку. У смислу тога шеријатски судови у Југославији не дозвољавају други брак ономе који не може достојно издржавати све своје жене и децу. О томе постоји неколико решења Врховног шеријатског суда у Скопљу и Сарајеву.[105])

---

[104]) И. Рушд, op. cit. св. II, стр. 47.

[105]) Врховни шер. суд у Скопљу у неколико својих решења поставио је принцип да у полигамском браку може живити само онај муслиман који има довољно средстава да издржава више жена. — Решење Врх. шер. суда у Скопљу од 5-XI-1932, бр. 1141; 7-XII-1932 бр. 1242; 31-III-1933 бр. 324; 31-III-1933, бр. 326.

б) Световне забране. — Поред забрана верског карактера постоје још извесне забране које су завели позитивни закони. Ту спада: 1) постојећи брак које је закључило помуслимањено лице пре прелаза у ислам; 2) непристанак власти за брак лица која се налазе у специјалним државним службама; 3) постојање полних болести код заручника.

Постојећи брак помуслимањеног лица. — По Уставу од 28-VI 1921, чл. 12 признаје се слобода вере и савести. Исто то признаје и чл. 11 Устава од 3-IX-1931 год. Према томе свако пунолетно и душевно здраво лице без обзира да ли је ожењено или не може променити веру. И стварно догађало се и догађа се врло често да ожењена лица мењају веру не из убеђења него из интереса, обично у циљу да на тај начин разведу брак. Тако је до сада било много случајева да ожењене особе прелазе једино у циљу да на тај начин дођу, добију развод брака који на други начин не могу раскинути.

То је водило до неминовних сукоба између верских заједница. Сукоби су наступили нарочито у Босни и Херцеговини између шеријатских судова и духовних судова католичке цркве. Да би предусрео сукобе Врховни шеријатски суд у Сарајеву издао је неколико решења и мишљења о поновном браку помуслимањених лица, ако њихов први брак још није поништен од надлежних власти. Тако, Врховни шеријатски суд у своме решењу од 30/IV 1920 бр. 224 стао је на становиште да удата крићанка која пређе на ислам не може склопити нови брак пред шеријатским судом све док не поднесе уверење да је њен први брак разрешен од стране за то надлежних верских власти. Врховни шеријатски суд поставио је дакле принцип да брак може правовољано разрешити само надлежна власт оне верске заједнице по чијим је прописима брак склопљен. Исто тако Врховни шеријатски суд у Сарајеву дао је два мишљења (9/XII 1922, бр. 503 и 17/V 1924, бр. 211) о поновном склапању брака пред шеријатским судом од стране ожењеног немуслимана који пређе на ислам. Према наведеним мишљењима такав би се човек могао венчати према шеријатским прописима без потребе да доприноси уверење да је његов први брак престао, јер је њему као припаднику ислама дозвољено живети у браку са више жена. Међутим, ову повластицу укинуо је Кривични законик Краљевине Југославије својим § 399 al. 2 који гласи: „Истом казном (затвором) казниће

Слично поступа и шеријатско судска пракса у Босни и Херцеговини. Решење Врховног шер. суда у Сарајеву од 4-XII-1916, бр. 480.

се и верски претставник који венча лице које је раније ступило у брак по прописима ма које у Краљевини С.Х.С. признате вероисповести или које је раније закључило грађански брак."

Непристанак власти за бракове лица која се налазе у специјалним службама. — Према закону о устројству војске и морнарице и закону о жандамерији официри, подофицири и жандарми без обзира на верску припадност не могу склопити брак пре него отслуже извесан број година и по одобрењу надлежне власти.[106])

Полно оболење заручника. — Према § 9 закона о сузбијању полних болести од 9/III 1934, који је нажалост недавно укинут, лица мушког пола без обзира на веру морала су при ступању у брак поднети уверење да не болују од венеричних болести.[107])

II. ПРИСТАНАК БРАЧНИХ ДРУГОВА

Као други материјални услов за пуноважност брака тражи се пристанак заинтересованих странака. Да би тај пристанак био пуноважан потребно је: 1) да су странке способне изјавити своју вољу, 2) да су странке уистину дале своју сагласност.

Способност за изјаву воље признаје се само оним лицима која су постигла брачно пунолетство и која су душевно здрава.

Брачно пунолетство постиже се у принципу са навршеном петнаестом годином живота, без обзира на пол. То је законска претпоставка која подноси отступање. Сматра се наиме да то пунолетство може наступити пре наведеног времена, код женских од навршене девете, а код мушкараца од навршене дванесте године живота. Оно се манифестује посебним физиолошким знаковима за сваки пол, за женски менструацијом, за мушки способношћу за односе. Појава ових знакова не овлашћује ипак лица испод петнаест година, да се сматрају брачно пунолетним. Они су дужни доказати своје пунолетство пред шеријатским судом и тек кад овај донесе потребно решење заинтересована странка сматра се брачно пунолетном.[108])

За пуноважност пристанка тражи се поред брачног пунолества још и душевно здравље брачних другова. Стварно, душевно болесне особе не могу дати пуноважну изјаву за ступање

[106]) Официри се не могу женити док не буду унапређени у чин поручника а у смислу чл. 110 и 181 Закона о устројству војске и морнарице од 30-IX-1931.

[107]) Чл. 1 Уредбе од 27-IV-1935.

[108]) Мецела, § 985, 986.

у брак и ако су постигла брачно пунолетство. Ова неспособност престаје оздрављењем као и у време светлих момената.

Међутим, шеријатско право поставља изузетке од ових принципа и дозвољава ближим сродницима и шеријатском судији да склапају брак у име својих брачно малолетних и душевно болесних рођака (иџбар).[109])

Исламски правници одобравају ово отступање од општих правила следећим чињеницама: брак малолетних оправдава се тиме што се на тај начин може осигурати повољна брачна веза и створити могућност да малолетник живи и рађа у дозвољеним односима чим постигне полну способност. Брак душевно поремећених лица оправдава се опет разлозима жељом да се тако болесној особи осигура чувар и заштитник. Мислило се да није ни противправно ни неморално кад једна зрава особа, ступајући у брак са једном душевно болесном особом, преузме на се бригу и старање око тог болесника.

Бракови неспособних стављени су под нарочиту заштиту у намери да се отклоне евентуалне злоупотребе. Склапање оваквих веза дозвољено је само са достојном особом уз доличан венчани дар, дакле, једном речју ако постоје оправдани интереси и потреба. То могу чинити једино ближи сродници неспособних лица које закон лимитативно набраја, а у њиховом недостатку и шеријатски судија. Правници су мишљења да се тешко може претпоставити да ближи сродници као отац или деда злоупотребе своје право на штету свог неспособног сродника. Ако би случај наступио да они злоупотребе своје право и окрње интересе свог неспособног сродника, онда се брак у принципу сматра ништавним и ништи се по службеној дужности. Сем тога неспособном лицу признаје се право да судским путем откаже брак који у његово име није склопио отац или деда по оцу чим ово лице постигне брачну пунолетност или оздрави.

За бракове малолетних заведена је још једна мера предострожности. Брачни састанак нарочито малолетних девојака не дозвољава се све док не наступи њихова физичка зрелост. Дакле, бракови малолетних до њихове полне зрелости имају углавном карактер зарука.

Ова врста бракова створила је многе злоупотребе, јер је овај начин био погодан за материјално искоришћавање душевно

[109]) **Ахкamу шерија, § 44-56; Димишки, Китабу-рахмет-ул-умметн фи ихтилафилеиметн, св. II, стр. 65.**

оболелих и за физичко и морално нарушавање малолетника због прераних полних односа.

Против ове установе почело се писати и протествовати, а у последње време тражити и њену забрану. Писало се да ова установа не може задовољити циљ брака, да се одатле рађају слаба и оптерећена деца, да се склапање брака без пристанка заинтересованих странака противи општем принципу слободе уговарања и на концу да ова установа нема ни озбиљну доктринарну подлогу у основним изворима шеријата. Ово писање није остало без дејства. Државне власти у многим земљама доносе прописе за спречавање бракова малолетника и душевно оболелих. Прва је Турска донела законске прописе за спречавање ових бракова 8 Мухарема 1336 (17 маја 1917). Египат је забранио бракове малолетних законом од 11-XII-1923, Француска у Кабилији законом од 2-V-1930, Афганистан 1921. Персија и Индија су израдиле недавно законске пројекте за укидање бракова малолетника. Наравно да је ова установа забрањена и у оним државама где је укинута примена шеријатског права као Русија и Албанија.

Муслимани у Југославији врло ретко практикују бракове малолетника и душевно болесних. Прва врста јавља се у животу у три облика: 1) брак малолетног мушкарца и малолетне девојке, 2) брак малолетног мушкарца и пунолетне девојке, 3) брак пунолетног мушкарца и малолетне девојке. Овај први случај обично се јавља у пракси. Две породице које желе да успоставе пријатељске односе склапају брак између своје малолетне деце, сматрајући да је орођавање најбоља гарантија пријатељства. Бракови малолетног мушкарца са пунолетном девојком много су ређи него ови први. Они се обично склапају у жељи да се прибави женска радна снага, Брак између одраслог мушкарца и малолетне девојке необично је ретка појава.

Шеријатски судови у Босни и Херцеговини почели су сузбијати још одавно практиковање ове установе. Врховни шеријатски суд у Сарајеву дао је мишљење 20-10-1918 Земаљској влади за Босну и Херцеговину да уведе у примену турски закон од 1917 год. Међутим, до тога није дошло. Уосталом, југословенско позитивно законодавство не садржи никакву одредбу за сузбијање ових бракова, иако су они противни савременом схватању морала и права. Шта више, Кривични законик не сматра кривичним делом насилно одвођење девојке испод 14 година, под условом да учинилац у смислу § 278 са овако одведеном девојком ступи у брак. Према томе наше законодавство место да сузбија погодује

браковима малолетника, који се практикују не само код муслимана него и код немуслимана.[110])

Сагласност странака је други услов ваљаности пристанка. За пуноважност свих уговора па и за пуноважност брачног уговора тражи се стварна сагласност, подударање између воље и изјаве.

Неподударање између воље и изјаве може бити свесно или несвесно.

Свесно неподударање јавља се у животу у случају отмице или претње. Дакле, наступа под притиском једног од сауговорача или под притиском трећих лица. Ипак свака принуда не утиче на пуноважност закљученог брака него само она принуда која је извршена силом управљеном на најважнија добра, живот и тело човечије, а која се није могла отклонити.[111])

Поред тога свесно неподударање између воље и изјаве може наступити и кривњом странке. Као пример може се навести ментална резервација и недостатак озбиљности. Исламски правници држе да брак остаје у важности ако је неподударање између изјаве и воље наступило кривицом које уговорне странке, као у случају кад се брак склопи у шали. Оваково решење правда једним хадисом који гласи: Три су ствари где се не узима у обзир да ли се изводе озбиљно или у шали. То је склапање брака, развод и ослобођење робова".[112])

Сагласности нема ни онда кад наступи несвесно неподударање између воље и изјаве. Ово се догађа у случају заблуде, самообмане и преваре, обмане коју нам проузрокују трећа лица. Заблуда и превара могу се односити или на личност сауговорача или на њихове особине. При оцењивању важности брака ханефијска школа узима у обзир само заблуду о потенцији мужа, док друге школе узимају у обзир и заблуду у личности као и ону о другим особинама брачног друга.[113]) Ствар стоји друкчије кад се ради о превари, јер ханефијска школа сматра превару у личности и

[110]) Српски грађански законик дозвољава бракове девојака од 13 година уз диспензацију надлежног архијереја (§ 72, 93, т. 2). Међутим, Брачни правилник српске православне цркве у § 12, т. 1 тражи за мушко 16 год. а за женско 14 год. као услов за ступање у брак. Исти овакви услов тражи и католичка црква. Јеврејско право сматра девојке које су навршиле 12 год. брачно пунолетним и способним да самостално закључе брак. — Е. Сладовић, Женидбено право, Загреб 1925, стр. 72.

[111]) О сили која утиче на пуноважност послова говори Меџела у § 948 и 949.

[112]) Шејбани, Тејсирул-вусул, св. III, стр. 167.

[113]) Шарани, Мизан, св. II, стр. 121; Ахкаму шерија, § 16.

превару у другим особинама (достојност) као узроке за побијање брака.[114]) То се оправдава чињеницом што један од сауговорача под утиском преваре даје пристанак на какав правни посао који не би учинио да је био свестан правог стања ствари. На пр. кад неко склопи брак са особом с којом то не би хтео учинити да га други на оно нису навели преваром.

III. СПОСОБНОСТ И ВОЉА БРАЧНИХ ДРУГОВА ДА ИСПУНЕ ЦИЉ БРАКА

У науци постоје углавном два схватања о циљу брака: реалистичко и идеалистистичко. Према реалистичком схватању главна сврха брака је рађање деце, и ако се томе захтеву не може удовољити, онда се ни брачна заједница не може остварити ни одржати.

Напротив, идеалистичко схватање сматра да је основни циљ брака морално и материално потпомагање и усавршавање брачних другова, а да је рађање његова природна, нужна последица. Према томе брак се може остварити и опстојати и онда ако брачни другови нису способни за оплођавање, само ако су у стању да се морално и материално помажу.

Старо обичајно право Арапа заступало је реалистичко схватање у најгрубљој форми, јер се сматрало да схрха брака лежи искључиво у полном уживању и рађању потомства. Арапи су заступали мишљење да преко мушког потомства човек продужује своју личност, оживљује своју успомену и усавршава свој рад и настојања. Држали су брак без потомства божанским проклетством, а човека без мушке деце називали су пропалим (бетер), зато што се његовом смрћу гаси његова личност и његова успомена. Арапи само да не би доживели овакву судбину прибегавали су, како је већ наведено, чак и томе да њихове жене одржавају полне односе у циљу оплођења са лицем кога би они у ту сврху изабрали. Ислам уводи ново схватање о сврси брачног живота. Према исламском учењу, брак има поред свог природног циља: вршење полних односа и рађање деце и свој морални циљ, морално употпуњавање и усавршавање брачних другова. Ова потоња сврха има у браку претежније значење него она прва. То се види најбоље из чињенице што брак могу склапати и у њему живети и они који уопште нису способни ни за вршење полних односа, ни за оплођење као кастрати, импотентне особе, херма-

[114]) Ахкаму шерија, § 69 и § 143.

фродити и т. д. Довољно је за одржавање брака да муж и жена могу испуњавати његову моралну сврху да се могу помагати и морално употпуњавати. Уосталом, ислам стоји на становишту да све друштвене установе па и брачна заједница морају да служе остваривању тога идеала. Мухамед сам вели у једном хадису: „Послан сам да усавршавам морал".

Из овог се може видети и закључити да исламско право заступа у начелу идеалистичко схватање о сврси брака.[115])

Способност мужа и жене да испуне било само морални, било уједно морални и природни циљ није само по себи довољна основа и подлога за одржавање њиховог брачног живота. Тражи се, сем тога, и њихова воља и намера да испуњавају по својој способности наведене циљеве. Брачна веза не може се одржавати где не постоји овај услов. Тако, брачна веза не би била ваљана ако би муж и жена уговорили привидни брак где не би било никаквих узајамних права и дужности. Исто то важи у случају да се уговори духовни брак где би били искључени полни односи или ако се закључи брак на уживање (мут'а) где би се избегавало оплођење.[116])

Та воља за испуњавањем циља брака мора се манифесовати кроз цео брачни живот, јер у противном случају доводи се у питање његов опстанак. Тако, Куран прописује да завет чистоте (ила) који би муж учинио повлачи за собом раскид брачне заједнице, јер се тај његов завет противи природној сврси брака.[117]) Међутим, избегавање оплођења (азл) дозвољено је ипак у изузетним приликама. Оно се дозвољава кад постоји оправдан разлог и по пристанку оба брачна друга.[118]) Сахиб Нихаје пише да брачни другови могу избећи оплођење ако „постоји оправдани страх да ће породити децу са недостацима и неверну и према томе штетну по друштво".

[115]) Међутим, код свих исламских народа па и код наших муслимана преовлађава у ствари реалистичко схватање о браку. Народ држи да је главни основни циљ брака рађање деце. Ова је чињеница послужила многим европским правним писцима као основ да закључе да је главни и једини циљ исламског брака рађање деце. Тако на пр. Кауримски вели да шеријатско право држи жену као једно обично средство за рађање деце. — Dr. E. v. Kaurimsky, Ueber das Ehe und Familienrecht der Mohammedaner, Wien 1914, S. 39.

[116]) Муслимани у Персији који припадају секти шиија практикују још и данас привремене бракове. Бијалоблоцки износи податке да је ова установа постојала у праву многих народа па и у старом јеврејском праву. — Samuel Bialoblocki, Materialien zum Islamischen und Jüdischen Eherecht, Giessen 1928, S. 22, 23.

[117]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 226.

[118]) Шарани, Мизан, св. II, стр. 124.

Премда исламско право изузетно допушта превентивне мере против оплођења, оно не дозвољава никакве репресивне мере као побачај зачетка и убијање деце, па ни онда ако су наказна и неспособна.

§ 2. *Формални услови ваљаности брака**)

Према шеријатском праву брак је консенсуални свечани уговор, јер се за његову пуноважност изискује нарочита форма: изјава воље у присуству сведока. Та форма има циљ да скрене пажњу брачним друговима на озбиљност правног посла кога закључују и да уједно служи као мера за лакше доказивање његова опстанка. Форма исламског брака није остала увек иста. Она је стварно трпела измене кроз историју ислама. То ће се најбоље уочити упоређењем форме брака према шеријатском верском праву са оном коју изискује данашња пракса.

I ФОРМА БРАКА ПРЕМА ПРОПИСИМА ШЕРИЈАТСКОГ ВЕРСКОГ ПРАВА

За ваљаност брака траже се два формална услова: 1) изјава воље брачних другова и 2) присуство сведока при изјави.[119])

Изјава воље за ступање у брак остварује се, заснива се понудом једног и пријемом другог брачног друга. Она производи свој учинак, ако је учињена у истом заседању и то безусловно и разумљиво.

Према томе брак се не може остварити ако муж и жена не изјаве вољу у истом заседању него одвојено, била та одвојеност месна или временска. Тако, на пр. брак не би био ваљан ако би муж дао усмену понуду данас у једном извесном месту, а жена пристанак тек сутра у неком другом месту. Изјава воље не обавезује и не ствара брачну везу ни онда ако је учињена под условом. Стварно, брак се сматра ништавим ако је уговорен на извесно време или под условом да ће се брачна веза успоставити или престати тек када се оствари неки будући догађај. Исто тако изјава воље не производи последице ни у случају ако је није могла чути или разумети заинтересована странка или сведоци. Из тога не треба изводити закључак да се изјава воље мора учинити

*) О форми исламског брака видети наш чланак у „Архиву" 1935 године XXX (XLVII), бр. 1, стр. 51—57.

[119]) Кудури, Мухтесар, стр. 81.

речима. То се може учинити и разумљивим знацима, ако за то постоји оправдан разлог, као на пр. глухонемост једног или оба брачна друга.[120])

За ваљаност брака не тражи се лична, непосредна изјава воље странака. Муж и жена могу то учинити и преко заступника, пуномоћника, чему уосталом често прибегавају жене. Пуномоћство за ову сврху може се дати у облику јавне или приватне исправе и усмено пред сведоцима. Исламски правници иду још даље и закључују да и својевољни пуномоћник (фудулија) може склопити пуноважан брак под условом да га заинтересована странка призна.[121])

Шеријатско право дозвољава да се брак као и остали уговори може склапати и писменим путем. Тако би се брачна веза успоставила, кад би какво лице прочитало писмену понуду коју би јој упутила особа супротног пола и изјавило у присуству сведока да пристаје и прима ту понуду.[122])

Присуство сведока приликом изјаве воље брачних другова један је од битних формалних услова пуноважности брака. То мишљење заступа већина исламских правника. Међутим, једна група заступа супротно гледиште, тумачећи да се брачна веза успоставља самом изјавом воље мужа и жене под условом да они немају намеру да сакрију ту чињеницу од јавности.[123])

Присуство сведока има за циљ да се брак као важан основ за стицање многих права може лакше доказивати. Искази двојице способних сведока чине у принципу пуноважним доказ о постојању каквог правног посла или чињенице. То правило важи у главном и за доказивање о извршеном венчању. Стварно, исламски правници заступају принцип да у часу изјаве воље мужа и жене морају присуствовати најмање два способна сведока мушког пола. Међутим, ханефијски правници, чије прописе примењују муслимани у Југославији, отступају од оног принципа и допуштају да се један мушки замени са два женска сведока, тако да се брак може ваљано склопити и у присуству једног мушкарца и две жене.[124])

---

[120]) Ахкаму шерија, § 120.

[121]) И. Халеби, Мултека, стр. 111.

[122]) И. Халеби, op. cit. стр. 105 под х.

[123]) И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 15.

[124]) Ханефијска школа допушта сведочанство жене у свим односима сем оних који се тичу кривичног права. Они ово своје гледиште потврђују Кураном, II — С. Бекаре — 282, где се поред осталог вели: Ако не нађете два мушка

Свака особа не може бити сведок при закључењу брака. За то се траже посебни услови према томе да ли се ради о чисто исламском или мешовитом браку.

Ако се ради о чисто исламском браку, где су оба брачна друга муслимани, онда сведоци морају бити: муслимани, брачно пунолетни, душевно здрави и способни да чују и разумеју изјаву. Напротив, у мешовитом браку, у вези између муслимана и кршћанке или јеврејке, сведоци морају испунити све наведене услове сем оног првог. У оваквом случају могу сведочити и лица која исповедају кршћанску или јеврејску веру. Шта више сведоци не морају припадати ни мужевој ни жениној вери, јер на пр. брак између муслимана и кршћанке могу засведочити јевреји.[125])

Брак се може закључити у свако време и на сваком пристојном месту. Пре његова закључења не треба предузимати никакве превентивне мере као оглашење и доказивање да не постоје брачне сметње. Венчање се обавља у присуству сведока и без интервенције свећеника или органа државне власти. По обављеноме венчању не треба састављати никакав записник или исправу, нити се оно мора пријављивати властима; ни уводити у регистар. Исламски брак по својој форми личи много на амерички слободни или совјетски фактички брак, где се не тражи интервенција власти приликом венчања ни пријава и увођење венчања у регистар венчаних.

II) ФОРМА БРАКА ПРЕМА ОБИЧАЈИМА И ПРАКСИ ИСЛАМСКИХ НАРОДА

Форма брака коју препоручује шеријатско верско право није се могла одржати у животу, јер је погодавала разним злоупотребама. То је стварало могућност да особе које нису уопште венчане могу на основу лажних сведока доказивати опстојање свога брака. У животу су се овакви случајеви догађали доста често. То се чинило или у циљу да се дође до наслеђа какве умрле особе, или да се на тај начин каква особа присили на вршење брачних дужности, или на концу да се избегне казна због конкубината. Неинтервенисање власти при венчању омогу-

---

сведока, онда позовите једног мушког сведока и две жене способне да сведоче, ако једна заборави да јој друга може напоменути чињеницу..... Друге школе не допуштају сведочанство жена у личним и брачним односима, него једино у имовинским односима. — Навави, Минхаџ-ат-талибин, св. II, стр. 321.

[125]) Ахкаму шерија, § 120.

ћавало је такође да се склапају ништавни бракови, а то је повлачило незгодне последице за брачне другове и за децу.

Да би се избегла ова несигурност, државне су власти почеле препоручивати да се бракови склапају у присуству кадије који би их уводио у регистре (сициле) и издавао венчанице на захтев странака. Ово је била само препорука али не наредба, пропис јавно правног карактера и императивне природе. Странке су могле и даље ваљано склапати бракове у присуству сведока и без интервенције власти, а да због тога не претрпе никакве последице. Међутим, било је правника који су заступали мишљење да би требало увести казну за брачне другове, кад склопе брак без знања и интервенције шеријатског судије.

Судска пракса у Турској царевини придржавала се све до недавно првог мишљења. Тако се поступало и у оним крајевима данашње Југославије који су се налазили под турском управом. После окупације Босне и Херцеговине, аустриска влада признала је муслиманима примену њиховог породичног, наследног и вакуфског права. Она је оставила потпуну слободу шеријатским судовима да у кругу своје стварне надлежности оцењују да ли један правни посао одговара шеријатским прописима или не. Према томе муслимани су могли као и пре обављати венчања без интервенције шеријатских судова. Међутим, бракови су се редовно склапали пред шеријатским судијама или имамима, који би од ових првих у ту сврху добили нарочито овлашћење (изунnаму). Био је врло редак случај да се венчање обави пред неовлашћеним имамом или само пред сведоцима. Овако венчана лица могла су легализовати свој брак пред шеријатским судом, ако су иначе испуњени сви услови које тражи шеријатско право. У Србији и Црној-Гори муслимани су се венчавали пред муфтијама или имамима овлашћеним од муфтије. Муфтија је могао на захтев странака легализовати бракове склопљене пред сведоцима и неовлашћеним имамом, ако су испуњени услови које шеријат тражи за пуноважност брака.

После ослобођења ствар се унеколико мења. Врховни шеријатски суд у Сарајеву својим расписом од 20-II-1919 год. Бр. 101/19 поставља принцип да се бракови морају склапати у шеријатском суду и пред шеријатским судијом.[126]) Изузетно венчање се може обавити и изван суда, али једино пред шеријатским судијом или његовим изаслаником. Ови се принципи налазе

[126]) Х. А. Бушатлић, Шеријатски судски поступник, Сарајево 1927, стр. 71.

садржани у Уредби и Правилнику о вођењу матица рођених и умрлих муслимана од 5-XII-1927 год.[127]) Међутим, ни из овога расписа ни из Уредбе не може се извести закључак о ништавности бракова који би били склопљени без знања или интервенције шеријатског судије. Уосталом, судска пракса стајала је на становишту да се такви бракови могу признати, легализовати на захтев заинтересованих лица.

После доношења Закона о шеријатским судовима и шеријатским судијама од 21-III-1929, судска пракса почиње у горњем питању заузимати друго гледиште. У чл. 2, т. 1 овог Закона побројани су правни послови који спадају у надлежност шеријатских судова, где се између осталог вели да у њихову надлежност спадају: „предмети брачног права, ако су муж и жена исламске вере или ако је брак склопљен пред шеријатским судом, односно пред лицем овлашћеним од шеријатског суда и то без разлике да ли се тичу имовинско правних или других питања из брачних односа". На основу овога почеле су извесне шеријатске судије изводити закључак да нису надлежни расправљати брачне спорове, ако брак није склопљен пред шеријатским судијом или његовим пуномоћником. Тако, они сматрају да више нису надлежни легализовати ни бракове склопљене пред сведоцима као што су то могли чинити пре доношења Закона од 21-III-1929 год. Дакле, бракови које склопе муслимани само у присуству сведока остали би без правне заштите и силом прилика изједначили са конкубинатом.[128]) Тако би се успоставило правило да су за ваљаност исламског брака потребна три услова: 1) изјава воље странака, 2) присуство сведока, 3) интервенција шеријатског судије или његовог заступника.

[127]) Чл. 11 и 26 Правилника за извршење Уредбе о вођењу матица рођених, венчаних и умрлих муслимана у Краљевини С. Х. С. од 15-XII-1927 служ. нов. бр. 14 — II, од 30-I-1928. Чл. 16 овог Правилника прописује: ниуком случају имам не сме извршити венчање осим ако га у извесним случајевима овласти надлежни шеријатски суд, односно среско муфтијство.

[128]) Тако мишљење заступљено је и у једном предлогу за измену § 2, т. 1. Закона о уређењу шер. судова и о шер. судијама који је поднет на скупштини шеријатских судија у Сарајеву од 20-X-1932. Међутим, у пракси још и данас има случајева да шеријатске судије легализују бракове закључене пред сведоцима. Тако је шеријатски суд у Приједору легализовао један брак закључен пред сведоцима својим решењем II.бр. 176/33. Недавно је и Врховни шеријатски суд у Сарајеву дао мишљење да шеријатски судови могу легализовати бракове који нису склопљени пред шер. судом или његовим изаслаником. — Одлука Врх. шер. суда у Сарајеву од 14-VII-1934, бр. 434/34, Гласник Ислам. вер. заједнице, Београд 1934, бр. 11, стр. 608.

Против наведеног члана Закона о шеријатским судовима појавило се незадовољство и поднет је предлог на скупштини шеријатских судија у Сарајеву од 20-X-1932 да се тражи измена тога члана и да се предвиди да шеријатске судије могу легализовати бракове које склопе муслимани пред сведоцима или неовлашћеним имамом. Ово не би требало допустити, него напротив законом прописати да брачна веза нема важности и не производи последице ако је склопљена без интервенције шеријатског судије или његова заступника. То захтева сигурност јавног саобраћаја, јер брак као важна социјална установа и основ за стицање многих права и обавеза мора у циљу несумњивог доказивања да буде склопљен пред јавном влашћу и да буде уведен у регистре.

После овог општег погледа о формалним условима исламског брака, биће говора о поступку његова склапања, обављању венчања. При вршењу венчања постоји извесна разлика у томе да ли се ради о чисто исламском или мешовитом браку.

Како смо напред видели, шеријатско право не предвиђа никакве превентивне мере за закључење брака. Међутим, код муслимана у Југославији уведене су извесне превентивне мере које имају циљ да спрече углавном склапање ништавних бракова. Кад се ради о чисто исламском браку странке морају прибавити и допринети уверење о непостојању брачних сметња (илми хабер) које издаје по нарочитом формулару имам матичар из домицила заручнице.

Венчање обавља у принципу шеријатски суд из домицила заручнице, а у изузетним случајевима може га по захтеву странака обавити и изван шеријатског суда шеријатски судија или његов заступник. Пошто се утврди идентичност и способност сведока, препоручује се брачним друговима да уговоре мехр и да се споразуме о другим питањима која се односе на брак. Кад се заручници споразуме о томе, онда шеријатски судија или његов заступник пита сваког од њих засебно да ли жели живети у брачној заједници. Ако заручници дају потврдан одговор међу њима се успоставља брачна веза, коју шеријатски судија уводи у регистар венчаних.

Поступак склапања мешовитог брака разликује се у многоме од овог о коме је било речи. Стварно, за мешовити брак уведене су нарочите превентивне мере, траже се посебна уверења која нису потребна за чисто исламски брак. Тако је заручница дужна придонети крштеницу, уверење о небрачности издато од надлежне црквене или општинске власти, а у случају њене малолетности

писмени оверовљени пристанак њених родитеља или старатеља, ако они већ лично не присуствују склапању брака.

Шеријатски суд, пре него што пређе на обављање венчања, дужан је обавестити заручницу о последицама брака, нарочито јој мора скренути пажњу да брак не утиче на слободу исповедања њене вере, да деца следе очеву веру, да она у принципу има сва права и дужности као и муслиманка, једино што нема право наследити свога мужа и бити тутор својој деци из овога брака. После овога приступа се венчању које се не разликује од онога у чисто исламском браку.

Кад се упореди форма склапања брака коју тражи шеријатско право са оном коју тражи постојећа пракса уочавају се следеће разлике:

1) Постојећа пракса уводи превентивне мере пре склапања брака које шеријатско право не познаје;

2) Према постојећој пракси брак се склапа у одређено време и у шеријатском суду, а по шеријатском праву то се може учинити у свако доба и на сваком пристојном месту;

3) Према постојећој пракси брак се склапа изјавом воље странака у присуству сведока и шеријатског судије или његова заступника, а по шеријатском праву изјавом воље у присуству сведока;

4) Према постојећој пракси венчање се мора увести у регистар, а према шеријатском праву то се не мора чинити.

Форма исламског брака еволуирала је не само код нас него и у другим земљама где живе муслимани.

У Египту закон од 12-V-1931. № 78, § 99 и § 132 тражи да се бракови склапају пред кадијом или нарочитим чиновником (мезун) и уводе у регистре венчаних. Брачна веза која би се склопила противно овим прописима не ужива правну заштиту, јер се постојање брака после смрти једног од супруга може доказивати само јавним исправама.[129])

---

[129]) Египатски законодавац у мотивима закона о реорганизацији шеријатских судова од 1931 No 78 оправдава овај пропис на следећи начин: Искуство је показало да брак тај основ породице треба што боље заштити и загарантовати. У ствари у животу се догађа да се пориче обред венчања о коме не постоји исправа, тако, да је заинтересовано лице у немогућности да докаже постојање брачне везе. Да би се народ склонио да приписује венчању већу важност и указује му потребно поштовање, да се спречи порицање које води до омаловажавања брака и избегну сва зла која одатле произилазе, да се заштите права и одрже породичне везе, законодавац је додао алинеју 4 у чл. 99 која прописује: За спорове о закључењу брака који настану после 1 августа 1931

У Алжиру се не сматра интервенција шеријатског судије као формални услов ваљаности брака. Једино се на основу Закона од 20-III-1882 год. и Закона од 2-IV-1930 год. тражи под претњом казне да се брак склопљен без интервенције власти легализује код шеријатског суда и пријави у прописном року матичном уреду. Изузетак постоји само за Бербере, јер закон од 2-V-1930 год. сматра ништавим брак који би склопили Бербери без знања надлежне власти.[130]) Међутим, пројекат шеријатског законика за Алжир прописује ништавост сваког брака ако би био склопљен без интервенције шеријатског судије, који је дужан да о венчању састави записник.[131])

У Тунису и Мароку судска пракса и обичаји захтевају да се бракови склапају пред бележником (адул) и да се о томе састави исправа. Ако би се противно поступило, брачна веза остаје ипак у важности, јер присуство власти приликом венчања има декларативни а не конститутивни карактер.[132])

Турска је још пре Кемалових реформа прописала у законима од 15-Ребиул-еввела 1320 год. и од 1 и 8 Мухаррема 1336 —1917 да се бракови морају склапати пред шеријатским судијом. Непоштивање ових прописа повлачило је казну али не и ништавост склопљеног брака. Прописи ових турских закона још се примењују у Сирији и Палестини, покрајинама које су отпале од Турске после светског рата.[133])

Из наведених примера могу се успоставити два система: Према првом систему присуство шеријатског судије код склапања брака има конститутивни карактер, сматра се као услов пуноважности брака. Непоштивање ове формалности повлачи за собом ништавост брака а некад и казну за брачне другове. Предвиђена је дакле грађанска санкција, а изузетно и кривична санкција против оних брачних другова који се не би држали прописаних формалности при венчању.

год. неће се примати тужбе ако тужба није засднована на јавној исправи о венчању.

[130]) Jean Mazard, La loi du 2 avril 1930 sur l'état civil des indigènes musulmans en·Algérie-Fernand Dulout, Les mariages des Kabiles (loi du 2 avril 1930), Revue Algérienne, 1934, I, p. 71—97.

[131]) Marçel Morand, Avant-Projet du code du droit musulman algérien, Alger, 1916, § 33.

[132]) Marcel Morand, op. cit., p. 34.

[133]) Kazem Daghestani, Etude sociologique sur la famille musulmane contemporaine en Syrie, Paris, 1932, p. X.

Према другом систему присуство шеријатског судије има декларативни карактер, јер се његова улога своди на констатовање, засведочење да је брак уистину склопљен. Брачна веза склопљена и без његове интервенције остаје у важности. Овај систем не предвиђа грађанску санкцију, не ништи брак оних особа које се огреше о наведену формалност, него за њих прописује казну, успоставља дакле кривичну санкцију.

ОДЕЉАК III.

Доказивање постојања брака

Шеријатско право усваја принцип да се спорови о постојању брака расправљају и пресуђују на основу редовних доказних средстава, т.ј. сведоцима, исправама, признањем и заклетвом.

Исламски правници стоје на становишту да су сведоци најважније и најпоузданије доказно средство у свим споровима па и у брачним. Постојање оспореног брака може се потпуно доказати исказом два мушка или једним мушким и два женска сведока. Сведоци морају бити брачно пунолетни, душевно здрави, исправни, способни да непосредно засведоче оспорену чињеницу, муслимани ако сведоче против муслимана и да не буду сродници у правој узлазној и силазној линији онога у чију корист сведоче. Сведочанство ових сродника може се примити само у случају ако они сведоче против свога рођака које је он навео за сведоке.

Постојање брачне везе може се такође доказивати јавним исправама као венчаницом, записником о венчању, регистрима венчаних.

Исламски правници дозвољавају да се постојање брачне везе може доказивати и узајамним признањем брачних другова.[134]) Признање се сматра као пуноважно ако је учињено за живота брачних другова и ако чињенице и околности не говоре против њихова исказа. Према томе не би било пуноважно признање ако међу странкама у питању постоји која брачна сметња.

Напокон, постојање оспореног брака може се доказивати заклетвом. Кад тужилац не може своју тврдњу о закључењу брака доказати горе наведеним средствима, онда он може понудити туженом да положи заклетву о томе да ли брак постоји или не. Ако се тужени закуне да брак не постоји, та се његова тврдња сматра истинитом. Међутим, ако тужени одбије да положи

---

[134]) Ахкаму-шерија, § 148, 149.

заклетву, сматра се да је оспорени брак стварно закључен и да постоји.[135])

Овакав начин доказивања рађао је разне злоупотребе, јер лица венчана могла су на основу лажних сведока тврдити да брак не постоји и обратно. Да се ово отклони завео се принцип, готово у свим државама где живе муслимани, да се брак може доказивати јавним исправама а у недостатку јавних исправа и другим доказним средствима. Овога се принципа придржава и пракса југословенских шеријатских судова.

---

[135]) Ахкаму-шерија, § 145

ТРЕЋА ГЛАВА

Последице брака

Исламски су правници доста опширно расправљали питање о последицама брака, сматрајући га као једну од најважнијих грана брачног права. Према њиховом учењу брак као и други уговори производи извесне законске последице, учинке на уговорне странке. Те последице одразују се у два вида и могу се односити на личне и на имовинске односе брачних другова. Правници заступају мишљење да законске последице брака немају апсолутни карактер, јер се могу донекле мењати брачним уговором. Према томе ова глава о последицама, дејству брака биће подељена на три одељка, где ће се говорити: 1) о дејству брака на личне односе брачних другова; 2) о дејству брака на имовинске односе брачних другова; 3) о брачним уговорима.

ОДЕЉАК I.

Учинак брака на личне односе брачних другова

Брак по својој природи ствара многе односе међу супрузима. Од правилног регулисања ових односа зависи да ли ће се у брачној заједници одржавати сложан и сређен живот. Обичаји и закони разних народа регулишу ове односе на различит начин, водећи рачуна о приликама и схватању своје социалне средине.

Шеријатско право има такође своје прописе за регулисање ових односа, где се тачно одређују права и дужности супруга као и санкције у случају повреде тих прописа.

Права и дужности супруга могу бити заједничка или посебна.

§ 1 Заједничка права и дужности

У заједничка права и дужности спада:

1) вршење полних односа;
2) верност;
3) узајамни леп поступак.

Вршење полних односа. — По исламском учењу природни задатак брака састоји се, лежи у спречавању неморала, разврата и у рађању деце. Овај се циљ не може постићи, остварити ако способни супрузи не удовољавају својој дужности полнога општења. Ти односи могу се вршити једино кад жена нема менструације и на природан начин.[136]) Ислам не само да ставља у дужност супрузима вршење полних односа него још прописује извесну санкцију против оног брачног друга који томе не удовољава.

Муж се може огрешити о овај последњи пропис или због неспособности или из самовоље. У случају његове неспособности која је постојала још пре венчања, жени се признаје право на побијање брака, ако није знала за ту неспособност. Међутим, ако неспособност наступи за време брачног живота, жена нема право на развод брака по учењу ханефијске правне школе. Друге правне школе то дозвољавају.

У случају да се муж заветује да неће вршити полне односе са својом женом, та чињеница служи као довољан разлог за развод брака. Жена која безразложно одбије да врши ову основну дужност сматра се непокорном (нашиза) и муж на основу тога има право да јој ускрати издржавање, а у крајњем случају да раскине брачну везу. Ипак жена може без последица ускратити вршење сношаја ако је болесна и ако јој муж није исплатио венчани дар (мехр) и не испуњава своје дужности.[137])

Верност. — Ислам ставља у дужност брачним друговима да једно другом буду верни. Додуше, ова дужност не пада једнако на оба супруга, јер док жена мора бити верна искључиво једном мужу, муж напротив мора бити веран свима својим женама. Под појмом верност не подразумева се само телесна, избегавање ванбрачних односа, него и духовна верност, избегавање полне љубави, еротичких осећаја према трећим особама супротног пола.

За повреду телесне верности, за телесно браколомство Куран предвиђа смртну казну каменовањем.[138]) Тај курански пропис има за муслимане у Југославији историски значај, јер се неверство, браколомство супруга исламске вере као и других вера пресуђује по прописима Југославенског кривичног законика, § 292.

---

[136]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 222, 223.
[137]) Ахкаму-шерија, § 214.
[138]) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 19; Шејбани, Тејсир-ул-вусул; св. II, стр. 2—7.

Поред духовне верности сматра се као тежак грех у смислу ових Мухамедових речи: Прељуб духовни тежи је него прељуб телесни. Ова врста неверства остаје у животу без санкције, јер је готово немогуће контролисати осећања супруга према трећим лицима и следствено томе установати постојање неверства. Ипак ово браколомство по исламском учењу не може остати некажњено, јер за сваки грех постоје две санкције: казна на овом свету и казна на будућем свету.

Узајамни леп поступак. — Куран на више места скреће пажњу брачним друговима да се лепо понашају једно према другоме. Тако у једном куранском пропису пише: „Не заборавите бити племенити у вашим међусобним односима.[139]) Уосталом, и исламски правници сматрају узајамни леп поступак као једну од основних брачних дужности, јер од начина опхођења супруга зависи срећа и мир њихова брачног живота и будућност брака.

Узајамно лепо понашање супруга зависи углавном од њихова васпитања, одгоја и схватања важности брачне заједнице, па према томе ова дужност има више морални него правни карактер. Стварно, тешко би било натерати супруге каквим репресивним мерама, казнама да се владају лепо и примерно једно према другом. Примена тих мера изазвала би супротно дејство, то би погоршавало односе уместо да их поправи. Развод брака је најефикаснија санкција за повреду и огрешење о ову дужност, ако то доведе до неснošљивог живота. Муж може врло лако добити задовољштину у случају кад се његова жена неуљудно понаша, јер он има право да откаже брак према својој вољи и увиђавности. Жена је у тежој ситуацији, она не може у принципу отказати брак мужу који је злоставља, али има право предложити према учењу ханефијске школе развод брака по споразуму, а према учењу других школа има право поред овога тражити судски развод брака.

§ 2. *Посебна права и дужности брачних другова*

Закључењем брака заснивају се, како је то већ наведено, посебна права и дужности мужа и жене. Стварно, сваки супруг поред заједничких има и посебних права и дужности према другом супругу. Правима једног одговарају редовно дужности другог, па према томе довољно је говорити о правима мужа и правима жене, јер правима мужа одговарају дужности жене и обрнуто.

[139]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 228.

I. ПРАВА МУЖА (ДУЖНОСТИ ЖЕНЕ)

Основно право мужево лежи у његовој брачној власти коју шеријатски правници називају дисциплинском власти (мулк-мут'а). Сами Куран признаје мужу ово право, сматрајући га способнијим од жене да управља породицом, тим основним друштвеним организмом. То се јасно види из ова два куранска прописа који гласе: Људи имају предност пред женама (II.—228); Људи имају превласт (преимућство) над женама због способности којима их је Бог одликовао мимо жене и због тога што они плаћају (женама) венчани дар.[140])...

Последице мужеве власти различите су и односе се или на личност жене или на њену пословну способност.

А) **Последице мужеве власти на личност женину.** — Код југословенских муслимана мужева власт производи поред шеријатско-правних последица још и оне грађанско-правне природе.

Последице шеријатско-правне природе су следеће:

а) право мужа да одређује место становања;

б) право мужа да надзире понашање жене;

в) дужност жене да води домаћинство;

г) дужност жене да се покорава мужу.

а) П р а в о м у ж а д а о д р е ђ у ј е м е с т о с т а н о в а њ а признато је у интересу правилног вршења његове брачне власти, која би била илузорна кад жена не би морала становати с њим. На основу овога поставили су исламски правници принцип да је жена дужна становати заједно са својим мужем.

Овај принцип није апсолутне природе, јер он подноси извесна отступања. Тако, жена није дужна да се пресели и да станује са мужем све док јој он не плати уговорени део венчаног дара.[141]) Па и у случају кад муж испуни ову дужност, она ипак није дужна то учинити ако је његов стан неподесан, нездрав и ако је то место удаљено више од 18 сати пешачког хода од места где је брак закључен.[142])

Уосталом, жена није дужна да следи свога мужа ни у место испод ове удаљености ако је муж неисправан, неповерљив и не ужива добар глас. Ова последња ограничења уведена су у интересу жене, да би њени родитељи могли лакше вршити надзор

[140]) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 34.

[141]) Чим муж исплати жени „мехри-муаџел", један део венчаног дара који се плаћа унапред, она му се дужна покоравати. — Ахкаму-шерија § 213 и § 214.

[142]) Шејх-Ахмед Ибрахим, Хуласат-ул-ахками шеријати, Каиро 1930, стр. 76.

над њом и над поступком њезина мужа и предузети мере за уклањање евентуалних злоупотреба.

У животу се показао као незгодан овај пропис по коме жена није дужна следити мужа у места удаљена више од 18 сати пешачког хода од места где је брак закључен. Нарочито је то незгодно за пословне људе који по сили свога позива морају да мењају место свога становања. Због тога је пројекат алжирског шеријатског законика предвидео један изузетак од горе наведених прописа и ставио у дужност жени да следи свога исправног мужа без обзира на удаљеност од места где је брак закључен, ако он ту врши занимање које му служи као извор прихода за издржавање породице.[143])

У шеријатском праву ови прописи о месту становања имају карактер диспозитивног права које се може мењати вољом брачних другова, њиховим уговором. Тако је дозвољено уговорити да жена станује за цело време брака код својих родитеља или у неком другом месту. Наравно и у овом случају муж има право посећивати своју жену када то нађе за сходно, а она га је дужна примити у свој стан.[144])

б) М у ж е в о п р а в о н а д з о р а н а д ж е н о м огледа се у власти да контролише њено кретање и понашање.

У првом реду мужу се признаје право да забрани својој жени излазак из куће и прављење и примање посета. Шеријатско право ограничава донекле ову власт, допуштајући извесно отступање од горњег принципа. Тако, жена може и без дозволе свога мужа да у предвиђеним роковима прави и прима посете својих родитеља и остале ближе родбине. Она може примити и посетити свога оца и мајку, па макар они не припадали исламској вери, као и своју одраслу децу из другог брака једанпут седмично. Ако су женини родитељи болесни, беспомоћни и кад им је потребна нега, она може за цело време болести остати код њих и неговати их. Другу ближу родбину жена може посетити и примити једанпут годишње. Међутим, она не може никога примити код себе на преноћиште, нити сме преноћити код кога, сем код болесних родитеља, без знања и изричне дозволе свога мужа.[145])

---

[143]) M. Morand, Avant-Projet de code du droit musulman, § 61.

[144]) У оваквој прилици жена је дужна примити свога мужа у посету увек кад он то зажели, јер би се у противном случају сматрало да је непокорна и он би јој могао ускратити издржавање.

[145]) Ахкаму-шерија, § 215 и § 216.

Све женине посете муж може контролисати лично или преко повериљиве особе, ако се боји да би те посете могле произвести нежељене последице по мир и добре односе у браку. Поред овога мужу се признаје такође и право да води контролу над понашањем па чак и над тоалетом своје жене и да предузме сходне мере да се отклони оно што може нанети срамоту и нарушити углед и добар глас породице.

Постоји питање, како се оправдава ова широка мужева власт над женином особом. Исламски је правници оправдавају потребом одржавања дисциплине и реда у породици. Они тврде да је жена лакомислена, слабе воље и подлежи сугестијама околине, а ове њене слабе особине стварају погодан терен за неповољне утицаје са стране. Да би се сачувала породица од штетних спољних утицаја, признаје се дакле мужу право да надзире кретање и владање своје жене.

в) Ж е н а ј е д у ж н а д а в о д и д о м а ћ и н с т в о. — Улога жене у домаћинству је врло значајна, јер од њене умешности и способности зависи увелико и напредак породице. То је добро осетио наш народ кад вели да кућа не стоји на земљи него на жени. Слично схватање о томе налази се и код исламских народа. Они сматрају да је значај жене велик не само за моралну јачину него и за економски живот породице.

Исламски правници осетили су такође овај женин значај и у интересу одржања породице ставили јој у принципу као задатак да води домаћинство. У ту сврху они су извршили неку врсту поделе улога у друштвеном животу. Муж има да обавља спољне послове а жена унутарње послове породице. Они оправдавају ово своје мишљење природом самих ствари и примером Мухамедових жена и кћери које су лично водиле домаћинство и обављале домаће послове.

Према шеријатском праву жена је дужна чувати кућу и поверену мужеву имовину, старати се о одржавању кућног реда и чистоће и водити надзор над додељеном послугом. Сем тога, ако муж нема могућности да издржава послугу, жена је дужна лично обављати и све домаће послове ако она није у стању да плаћа послугу.[146]) Наравно да жена у вршењу ове своје задаће није независна, јер подлежи у овом правцу врховном надзору мужа.

У вези са вођењем домаћинства намеће се питање да ли жена може, уколико то захтевају потребе породице, набављати

---

[146]) Шејх Ахмед Ибрахим, Хуласат-ул-ахками шеријати, стр. 64 у вези са стр. 76; Ахкаму-шерија § 165 у вези са § 212.

намирнице у име мужа и без његова изричног овлашћења и да ли ти правни послови обавезују мужа? Грађанско право усваја принцип да жена може обавезивати мужа у правним пословима уколико то изискују потребе домаћинства. Шеријатско право не признаје жени ову власт, јер све правне послове које закључи жена без мужева овлашћења обавезују лично њу а не њезина мужа, ако он тај посао накнадно не одобри.

г) Жена је дужна покоравати се своме мужу. — Куран предвиђа и прописује ову женину дужност овим речима: „Добре су жене покорне".[147]) Уосталом, ова женина дужност је нужна, неминовна последица онога права мужа да врши власт у браку и породици.

Ипак жена не дугује слепу покорност у свему што муж жели и заповеда. Она је дужна покоравати се мужу у границама закона, т.ј. она је дужна да испуњава своју дужност онако и у оној мери како то шеријат прописује. Жена је обавезна испуњавати прописане дужности и покоравати се мужу тек од момента кад јој он исплати мехр (венчани дар).

Непокорност жене повлачи за собом прописану санкцију. У овом случају мужу се признаје право да дисциплински кажњава своју непослушну жену. Сами Куран предвидео је ову дисциплинску власт овим речима: „Ви можете укорити непокорне жене, можете их лишити брачне милости, можете их истући, али чим вам се покоре не тражите више свађе".[148])

Према овом куранском пропису муж може употребити три мере против непокорне жене: укор, лишење брачне милости, телесну казну. Сем тога, још му се на основу других извора признаје власт да лиши своју непокорну жену права на издржавање и на крају да с њоме раскине брачну везу.

Муж ипак не сме у вршењу ове дисциплинске власти претеривати, а нарочито при примени телесне казне која се уосталом сме употребити само у крајњој нужди. За све неправилности које би одатле уследиле муж сноси одговорност.

С овим је завршено излагање последица шеријатско правне природе које производи мужева власт на личност женину. Мужева власт, како је то већ наведено, производи такође и последице грађанско правне природе на личност удате жене. Стварно, свака жена без обзира на веру која се уда за југословенског држављанина па и муслимана, узима у смислу позитивног грађанског законодавства породично име и држављанство свога мужа.

---

[147]) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 34.
[148]) Куран, IV — С. Ен' Нисау 34.

Удата жена узима породично име свога мужа на основу § 13 и 14 Закона о личним именима од 19-II-1929 год., а држављанство на основу закона од 21-IX-1928 год.

(Б) **Последице мужеве власти на пословну способност жене.** — У правној науци заступљена су три разна мишљења, решења о дејству брака на пословну способност жене. Према једном мишљењу брак ограничава пословну способност већ еманциповане жене,[149]) према другом решењу брак еманципује малолетну жену, проширује дакле њену пословну способност,[150]) док према трећем решењу брак не утиче уопште на пословну способност жене.[151])

Шеријатско право заступа ово последње решење, јер по његовим прописима брак нити еманципује удату жену нити ограничава њену пословну способност. Стварно, нееманципована жена остаје и после закључења брака под туторством онога који је ту улогу над њом вршио пре њене удаје. Међутим, еманципована жена задржава своју пословну способност у потпуности и после закључења брака.[152]) Мужева власт, како тврде исламски правници, има чисто одгојни карактер, односи се на женину личност, а не утиче на њену способност да се обавезује уговорима и да самостално води спорове. Она може без одобрења свога мужа да располаже својом имовином како међу живим тако и за случај смрти, а може такође и да стиче имовину путем разних правних послова. Једино маликијска правна школа, чији се прописи уосталом и не примењују на муслимане у Југославији, уводи извесно ограничење у погледу располагања имовином коју врши удата жена. Према решењу правника ове школе удата жена не може отуђити даровањем више од једне трећине своје имовине без претходног мужева одобрења.[153])

Према овоме што је наведено, брак закључен према шеријатским прописима у Југославији не би производио никакве последице на пословну способност удате жене. Међутим, има правника који стоје на становишту да се овај принцип шеријатског права

---

[149]) Српски грађански законик, § 920.
[150]) § 2 законског чланка XXIII од 1874 на снази у Војводини.
[151]) A Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, II/2, S 112, Wien 1924.
[152]) Ахкаму-шерија, § 206.
[153]) Ову је исту одредбу усвојио пројекат алжирског шеријатског законика у своме § 78.

не може примењивати у целој Југославији. Они су мишљења да се на територији примене Српског грађанског законика мора примењивати на све удате жене без обзира на њихову веру, дакле и на жене венчане према шеријатским прописима, одредбе § 920 поменутог законика који увелико ограничава пословну способност удате жене.[164]) Овакво тумачење стоји у противности са Законом о уређењу шеријатских судова и шеријатским судијама од 20-III 1929. У смислу § 2 наведеног закона треба пресуђивати по шеријатском праву сва питања која се тичу брачних односа, па дакле и питање пословне способности жене венчане пред шеријатским судом.

Настаје питање да ли према прописима шеријатског права удата жена може обављати какав позив без одобрења свога мужа? Додуше, исламски правници изричито не забрањују удатој жени да врши разне позиве у друштву, али ако она то чини без претходног мужева одобрења, он има право да јој ускрати издржавање. Дакле, ово мужево право фактички онемогућује жену да обавља какав позив без његова одобрења. Међутим, све до недавно ово питање о вршењу позива са стране жена није имало у исламском свету, па ни код наших муслимана, какве важности због оног обичаја о строгом покривању муслиманки и њиховом потпуном издвајању из друштвеног живота. Ови обичаји, који уосталом не налазе довољно оправдања у исламским изворима, доводе у немогућност и удате и неудате жене да обављају позиве у друштву и да се користе другим повластицама које им ислам признаје.[165])

[164]) B. Eisner, Privatno pravni položaj žene po današnjem pravu Jugoslavije i njegovo uređenje u jedinstvenom građanskom zakoniku za Jugoslaviju' (Preštampano iz spomenice Maurovića), Beograd 1934, str 374, No 178/a.

[165]) О питању еманципације жена много се расправљало у свим ислам. земљама. Данас постоје у многим крајевима удружења муслиманки које траже једнакоправност жена у породици и у друштву и траже укидање оних исламских установа које коче женама слободан напредак као што је на пр. дужност ношења вела. — Mansour Fahmy, La condition de la femme dans la tradition et l'evolution de l'Islamisme, Paris, 1913; Muhamed Ferid Vedždi, Muslimanska žena (prev.), Mostar, 1915; Abdallah El' Yafi, La condition privée de la femme dans le droit de l'Islam, Paris, 1925; Mohammed Meissa, La femme musulmane, Cazablanca 1928; S. M. Abdallah, Die Stellung der Frau im Islam, Berlin 1929.

II. ПРАВА ЖЕНЕ (ДУЖНОСТИ МУЖА)

Исламски брак не намеће жени само дужност, као што је то био случај у Арабији пре ислама, него јој даје, признаје известна права према њеном мужу. Постоје три женина права које у ствари претстављају три мужеве дужности и то: а) право на мехр, б) право издржавања, в) право на једнакоправност са осталим женама.

а) Право жене за мехр*). — Мехр је венчани дар што га је дужан платити муж својој жени у принципу одмах по склапању брачне заједнице.

Ова установа води своје порекло из арапског обичајног права које је сматрало брак као уговор о куповини и продаји, жену као објекат тога уговора, а мехр као куповну цену коју је муж плаћао њеној родбини.

Куран преузима и задржава установу мехра, али му даје друго значење него је он имао у арапском обичајном праву. Ова установа губи карактер куповне цене, јер право својине над мехром припада искључиво жени а не његовој родбини. Мехру се намењује важна улога у брачном животу. Он има циљ, с једне стране, да обезбеди жени сопствену имовину и тиме јој обезбеди економску независност у брачној заједници и осигурање у случају њена престанка, а са друге стране, да јој да накнаду за уштрб који она претрпи долазећи под власт мужа.

Куран прописује на више места да је муж дужан платити мехр (венчани дар). Тако, један курански пропис вели: „Дајте женама у својину венчани дар...“[166]) Муж нема право да одређује својевољно, по своме нахођењу вредност овог дара, него се то утврђује споразумом брачних другова у време склапања брака. У случају да га они не уговоре, или одбаце, жена ипак не губи право да тражи његово накнадно утврђивање и наплату. Ово накнадно утврђивање венчаног дара може уследити или на основу споразума брачних другова, или у случају њихова неспоразума на основу одлуке суда који приликом решавања овог питања мора водити рачун о висини венчаног дара, жениних ближих женских сродника, о њеном друштвеном положају, њеним духовним и телесним особинама и моралним одликама као и о имовинској способности мужа.[167])

*) О истом питању видети наш чланак: Значај мехра (венчаног дара) у шер. праву, Архив, 1933, XXVI (XLIII), бр. 5, стр. 380—385.

[166]) Куран, IV — С. Ен' Нисау 4.

[167]) Ахкаму-шерија, § 77.

Брачни другови или суд не могу одредити вредност мехра, венчаног дара испод прописаног минимума. Куран није додуше прописао овај минимум него су то доцније учинили исламски правници.[158]) Они су оправдали овај свој поступак са два разлога: да се на тај начин мехру као верској установи да веће значење и важност и да се смањи број спорова о његовој висини код сиромашног света. Правници ханефијске школе, којој припадају југославенски муслимани, установили су минимум мехра на десет драма у сребру што претставља вредност по прилици од седам сребрених динара.[159]) Они су одредили овако низак минимум, бојећи се да висок мехр не би послужио као мера за спречавање брака, а то би онда дошло у противност са принципима ислама који препоручује брак и сматра га као основну социално-моралну установу.

Било је такође покушаја да се одреди максимум мехра. То је покушао халифа Омер, препоручујући муслиманима да следе у овом питању пример Мухамедов који није никад са својим женама уговорио на име мехра више од 12 увкија, 336 сребрних динара. Међутим, ове препоруке и настојања халифе Омера нису нашила на одзив у масама.[160])

Предмет мехра може бити новац, тражбина, рад и свака ствар од вредности с којом муслимани смеју трговати. Према томе његов предмет не би могло бити вино и свињско месо, јер је употребу ових ствари Куран забранио својим следбеницима.[161])

Муж је дужан у принципу да плати својој жени мехр одмах по закључењу брака и све док то не учини, она му се није дужна покоравати. Ово женино потраживање не може застарети, оно се не губи ни по жениној смрти него прелази на њене наследнике.

Из овог ипак не треба закључивати да се жени увек и безусловно мора подмирити, платити цели мехр, јер има стварно

[158]) Минимални мехр одредили су правници ханефијске и маликијске школе, док су правници шафијске и хамбелијске школе оставили у том погледу слободу странкама. — И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 15; Шејх-Заде, Шерх-Тефсири Бејзави, св. II, стр. 25-26.

[159]) И. Халеби, Мултека, стр. 111.

[160]) Халифа Омер препоручивао је муслиманима да не уговарају већи мехр него је то уобичавао Божији посланик Мухамед. Он није никад ни за своје кћери, ни за своје жене уговорио више од 12 увкија на име мехра. — Хазин, Тефсир, св. I, стр. 337, 338

[161]) Ако се на име мехра уговори свињско месо или вино, брак остаје у важности, а муж је дужан платити жени одговарајући мехр (мехр мисл) — Кудури, Мухтесар, стр. 87.

случајева кад је муж дужан платити само пола уговорене суме или специјални дар (мут'а), некад опет не мора уопште ништа платити. При пресуђивању овога питања треба узети у обзир следеће чињенице: да ли је брак пуноважан, да ли су брачни другови имали састанак, да ли је брачна веза престала смрћу или којим другим путем. У пуноважном браку жена стиче право на наплату целог венчаног дара одмах по брачном састанку. Међутим, кад брак престане смрћу једног од брачних другова жена или њени наследници стичу на то право без обзира да ли је било брачног састанка или не. Ствар стоји друкчије кад брак престане правним путем, разводом. У овоме случају жена има право потраживати само половину уговореног мехра или мут'у, једну врсту посебног дара, чија вредност не може бити мања од 5 драма сребра (динара), ако случајно мехр не би био уговорен. У апсолутно ништавном браку жена стиче право да тражи наплату целог мехра само ако је имала полне односе са својим мужем, а ако то није имала губи право на свако потраживање без обзира на начин престанка брачне везе.[162])

Жена губи стечено право на мехр и мора оно што је на рачун тога добила повратити, ако брак престане пре састанка жениним кривицом. Тако, она губи право да ово потражује кад пређе из ислама у коју другу веру, кад изврши прељуб или родоскврнуће са мужевим сродницима у правој узлазној и силазној линији. Жена такође губи право да ово потражује ако у време свог брачног пунолетства откаже још неконсумирани брак што га је у име њено склопио законски заступник, или ако буде поништен брак кога би једна жена склопила са разумним малолетником.

Извесни прописи о мехру претрпели су измене у животу исламских народа. Тако, најважнија измена састоји се у отступању од оног принципа према коме је муж дужан платити жени ово потраживање одмах по закључењу брака. Наиме, увео се обичај да се мехр подели на два неједнака дела: први део плаћа се у часу венчања а други обично по престанку брака. Ова подела игра велико значење и улогу у животу. Под оваквим условима муж лакше пристаје да уговори висок мехр, јер само незнатни део од тога мора исплатити жени у часу венчања, док се остатак претвара у тражбину коју треба у принципу платити по престанку брака. Ова тражбина служи у првом реду као мера да спречи мужа од самовољног, непромишљеног развода, и у другом ре[ду]

[162]) Куран, II — С. Ел' Бекаре 237; Ахкаму-шерија, § 81 - 89.

да обезбеди разведеној жени издржавање за неко време. Сем тога ова тражбина може послужити као мера да се и у другим правцима ограничи власт мужева. Жена на пр. може уговорити и мимо обичај да јој муж исплати заостатак мехра у случају да промени место становања или узме другу жену.

Такав услов може стварно деловати да муж живи у моногамији и не мења место становања, нарочито ако је уговорен висок мехр.

Дакле, мехр је једна важна установа помоћу кога жене у исламском свету настоје да ограниче мужеву власт и да се осигурају против његове самовоље. То се особито запажа у Египту, Алжиру, Тунису, Мароку, у земљама где је доста чест развод брака по жељи мужа.[163])

Код југословенских муслимана све до недавно мехр није представљао велико значење и играо онаку улогу као у другим земљама. То првенствено важи за муслимане у Босни и Херцеговини који су гледали у овој установи обичну верску формалност. Према обичајима муж је давао жени пре венчања дарове који су се сматрали као онај део мехра који се плаћа при склапању брака. Поред тога, у часу венчања уговарала би се једна незнатна сума новца на име онога дела мехра који се плаћа по престанку брака. Та мала сума није могла послужити жени као заштитна мера против самовоље мужа, уосталом то није било ни потребно, јер је народ у овим крајевима ценио брак као светињу, а јавно мнење оштро осуђивало развод брака. Под таквим околностима жена се није требала бојати неоправданог развода, ни уговарати висок мехр као меру да спречи и ограничи власт и слободу мужа. Шта више било је неугледно уговарати висок мехр и тако изводити цену за своју личност.

У новије време ствар се мења. Морал попушта под стицајем разних социалних прилика, брак почиње губити свој првобитни углед, разводи су чешћи и према томе мехр као превентивна мера добива веће значење.

[163]) Било је такође и других народа који су покушавали да средствима економске природе осигурају жену од мужеве самовоље и предупреде неоправдане разводе. Код Вавилонаца ту је улогу вршила тирхату и шеритку: Д-р Чеда Марковић, Законик Хамурабија, Београд 1925, стр. 16; код Јевреја ту је улогу вршио венчани дар (мохора): E. Sautayra et M. Charleville, Code rabbinique (Eben Haezer), Alger 1859, t. II, p. 12 i 13; Bousquet, Revue Algérienne, 1930, p. 206; Код Римљана сличну је улогу вршила „donatio ante nuptias“: Д. Ј. Барон, Институције римског права, Загреб 1925, стр. 77.

Данас се стварно уговара много већа вредност на име оног дела мехра који се плаћа по престанку брака него што се то чинило раније. У томе погледу шеријатске судије вршиле су и врше важну улогу и утицај, саветујући приликом венчања брачне другове да уговоре пристојан мехр. У овим их послу омета унеколико Закон о таксама, јер народ избегава да уговара висок мехр само да би се платила мања такса. Обично се уговара у ту сврху сума од 1000 до 10000 динара.[164])

У пракси се показало да није довољно уговарати висок мехр. Потребно је поред тога осигурати његово плаћање, јер једино тако он може послужити као ефикасна мера за заштиту жене.

Шеријатско право не признаје жени за њен мехр прећутну хипотеку над имовином њезина мужа, па се догађа да он упропасти или прикрије своју имовину, тако да разведена жена не може реализовати своје потраживање. Дакле, жена је изложена ризику све дотле док не осигура ово право залогом или хипотеком. Међутим, осигуравање мехра није још ушло у обичај код нашег света највише због његове несвесности и непознавања.

У новије време шеријатске судије почеле су једном нарочитом мером осигуравати исплату мехра. Оне одбијају мужев захтев за упис отказа брака све док он не исплати уговорени мехр, или не докаже да га је исплатио.[165]) Ова је пракса потпуно умесна, јер спречава злоупотребе жениних права од стране мужа.

Код муслимана у Јужној Србији постоји друкчије схватање мехра него у Босни и Херцеговини. Према обичајима ових крајева жена не уговара лично ни заруке ни брак. То врше у име њено њени ближи сродници. У време заруке момак је дужан послати девојци какав дар и обавезати се пре склапања брака да ће исплатити њеним родитељима одређену суму новца. Поред тога, у време венчања уговара се још једна друга сума новца, коју муж има исплатити тек по престанку брака.

Дар који вереник даје за верену у време зарука одговара, као и у Босни и Херцеговини, ономе делу мехра који по шеријату треба исплатити за време венчања. Она сума новца коју вереник плаћа родитељима претставља накнаду за свадбене тро-

[164]) Према Тар. бр. 49 Закона о судским таксама од 30-V-1930 год. плаћа се код склапања брака од уговорног износа који осигура муж жени (мехр) до хиљаду динара 10 динара, од хиљаду дин. до десет хиљада дин. 20 дин., преко десет хиљада од уговореног износа 1%.

[165]) Хафиз А. Бушатлић, Шеријатско-судски поступник, стр. 73.

шкове и опрему заручнице.[166]) Свет сматра да ове изванредне трошкове треба да сноси муж, јер од брака он има највећу корист. Обичај је да се уговара доста висока накнада, а то има у животу рђаве последице. Прво, то отежава склапање бракова, друго, повлачи прекомерно менично задуживање, а с тим у вези и економску пропаст многих оваквих дужника, који доцније нису у стању да одговарају својим обавезама.

Да би се избегле ове непогоде, сиромашнији свет почео је доводити жене из оних крајева где није уобичајено плаћати накнаду за свадбене трошкове. Стварно, данас има доста случајева да се муслимани из Јужне Србије жене са муслиманкама из Босне и Херцеговине, јер трошкови довођења износе много мање него накнада коју би морали платити за жену у своме крају.

У последње доба има чак и нарочитих проводаџија који заручују и отпремају муслиманке из Босне и Херцеговине ради удаје у Јужну Србију. Са оваквим проводаџијама дошле су у сукоб и државне власти.[167])

Тежину и штетност овога обичаја плаћања накнаде увидели су и сами надлежни исламски фактори и тражили пут и начин да се то искорени. Било је шеријатских судија који су чак слали и претставке Министру правде и тражили да се забране горе наведени обичаји.[168]) Ово питање претресано је и на конференцији претставника Исламске верске заједнице у Сарајеву 1931 год. На тој се конференцији расправљало, између осталог, и о карактеру ове накнаде. Неки верски претставници изразили су мишљење да накнада коју момак даје родитељима своје заручнице, одговара оном делу мехра што је муж дужан платити жени према прописима шеријата у часу венчања. Други су напротив тврдили да то претставља неку врсту трошкова за набавку руха и опрему девојке. Трећи су били мишљења да то претставља неку врсту куповне цене, јер родитељи не утроше целу суму за рухо и опрему, него један део задрже за себе. На крају конференција је закључила да је овај обичај противан шеријату и да га треба постепено сузбијати.[169]) Сами народ, у ово последње доба, почео

---

[166]) Ова се накнада назива плит, он се уговара у новцу, наполеонима, а каткад и у другим вредносним стварима.

[167]) Пресуда Окр. суда за град Београд од 14-VI-1932 кзп. 288/32.

[168]) Претставка Окружног муфтиства у Куманову од 25-VI-1929, бр. 702; одговор Врх. муф. у Београду од 29-V-1929, бр. 45.

[169]) Према записнику конференције Исл. вер. заједнице у Сарајеву од 9, 10 и 11 Јула 1931 год.

је увиђати тежину наведеног обичаја и настојати да одреди и и среде висину накнаде на што мању меру и вредност.

Обичај плаћања накнаде за жене практикује се не само код муслимана него и код немуслимана у Јужној Србији[170].) Ова је установа заостатак старог обичајног права, које сматра брак као уговор о куповини и продаји а жену као објекат тога уговора. Дакле, шеријатско право није могло потпуно потиснути из свести муслимана ових крајева схватање обичајног права о браку и женама, као што то уосталом није могло извршити ни код неких других исламских народа.[171])

Поред накнаде муслимани у Јужној Србији уговарају, како је то напред речено, у време венчања још и једну суму новца коју је муж дужан исплатити по престанку брака. Ова тражбина служи као мера да ограничи власт мужа, да га спречи од непромишљеног развода и да обезбеди жени оштету и осигура јој издржавање за случај развода. Дакле, та тражбина одговара по своме циљу оноdensome делу мехра, што га је муж према шеријатским прописима дужан платити по престанку брака.

Према наведеним чињеницама види се да је улога мехра варирала током времена. Код Арапа пре ислама мехр се сматрао као куповна цена жене, у прво време ислама као венчани дар, а доцније као превентивна мера против развода брака. Углавном, ову последњу улогу он врши данас код наших муслимана

б) Право жене на издржавање. — Муж је дужан издржавати своју жену без обзира на њено имовно стање, веру и старост. Он се не може ослободити ове дужности, позивајући се на своје имовно стање и прилике. Напротив, жена није обавезна да штогод доприноси за олакшање породичних терета, нити је дужна да издржава мужа ни онда ако би он осиромашио, или постао неспособан за привређивање. Шеријатско право намеће ову дужност мужу у принципу од момента закључења брака па до његова престанка.[172])

---

[170]) Ово питање о куповини жена расправљано је у листу Вардар. О куповини жена у нашем народу видети: Тихомир Ђорђевић, Наш народни живот, Београд 1930. св. II, стр. 60—90.

[171]) На пр. Бербери, иако припадају исламској религији, пресуђују своје правне послове према своме обичајном праву а не према шеријату. Код њих је муж дужан плаћати родитељима своје жене извесну накнаду у време венчања. — Marcel Morand, Etude de droit musulman et de droit coutumier berbère, Alger 1931, p. 305.

[172]) Куран, II — С. Бекаре — 233; Кудури, Мухтесар, 104; И. Рушд, Бидаја, св. II, страна 44—46.

Издржавање обухвата углавном храну, стан и одећу. Његова се висина одређује према положају брачних другова, имовном стању мужа и месним приликама, а може се давати у новцу или натури.

Храна се може давати у натури или новцу, али се она мора увек предати жени за извесни отсек времена унапред. Дужина овога времена одређује се према начину на који муж прима приходе, тако, на пр. ако је муж радник надничар даваће својој жени храну за један дан унапред, трговац или чиновник за један месец, а земљорадник за једну годину.[173])

Стан мора бити посебан, удобан, здрав и снабдевен намештајем и другим потребама. Жена није дужна становати заједно у истим просторијама са другим женама свога мужа, његовом родбином или децом из другог брака. Она не сме примити у додељени јој стан никога на спавање на ни своје родитеље, ни децу из првог брака без мужева претходног одобрења.[174])

Под одећом подразумева се све што је према обичајима једног краја потребно за пристојно одевање жене. Муж је дужан заодети своју жену два пута годишње, једанпут лети, а други пут зими.[175])

Сем овога жена има право захтевати од свога муже да јој набави потребне ствари за одржавање њене телесне лепоте и здравља као и прибор за одржање чистоте њезина одела и стана. Она такође може захтевати од свога мужа да јој набави и издржава послугу ако то дозвољавају његови приходи.[176])

Настаје питање да ли је муж дужан да сноси трошкове за женине духовне потребе, литературу, разоноду, путовања? Шеријатско-правни текстови не признају жени ово право, јер за подмирење наведених потреба може јој послужити венчани дар (мехр).

Често се догађа у животу да муж не удовољава својој дужности издржавања жене. То може наступити из три разлога: због несавесног занемаривања, због немогућности и због мужеве несталости (отсутности).

---

[173]) Ахкаму-шерија, § 175.

[174]) И. Халеби, Мултека, стр. 159.

[175]) Ахкаму-шерија, § 181.

[176]) И. Халеби, op. cit. стр. 158. Жена има право на лекарске трошкове према писању шефиског правника Нававије. Једни опет ово женино право ограничавају само на оне лекарске трошкове који су скопчани са порођајем. — Навави, Минхаџ ат-талибин, св. III, стр. 51.

Кад муж занемарује своју дужност жена може употребити против њега два средства: да му се не покорава и може да га тужи суду. У сваком случају подизање тужбе претставља најефикасније средство за наплату потраживања.

Шеријатски правници овлашћују судије да по потреби употребе присилне мере против несавесног мужа, ако овај не би после судске опомене испунио своју дужност. Судија може у првом реду да затвори мужа и да га на тај начин присили да издржава своју жену. Ако то не би помогло, онда се приступа присилној наплати издржавања из његове имовине.[177]) Шеријатски судови у Југославији не могу примењивати ово прво средство него само ово друго, т.ј. наредити присилну наплату издржавања из имовине несавесног мужа.

Наведене мере немају важности и не могу се употребити кад је у питању мужево сиромаштво и привредна неспособност. У овом случају ће шеријатски судија на захтев жене одредити висину издржавања и овластити жену да се задужује на рачун мужа. Ако не би могла добит кредит, дужни су је издржавати њени ближи сродници са правом накнадне наплате од мужа кад се његове имовинске прилике поправе.[178]) Овај поступак остаје у већини случајева излишан, јер се на тај начин није могло осигурати женино издржавање. Због тога је судска пракса, како ће се то накнадно видети, дозволила жени да тражи развод брака кад њезин муж осиромаши, постане неспособан да јој осигура издржавање.

Поред ове две у животу се јавља и трећа ситуација, кад жена не може да оствари своје издржавање због несталости свога мужа. У оваквој прилици шеријат поставља два решења: 1) да се жени на њен захтев одреди издржавање из имовине мужеве. 2) да се жени призна право на развод брака ако муж није оставио никаква иметка.[179])

Право на издржавање није неприкосновено, јер се оно може изгубити кад наступе шеријатом предвиђене околности. Тако, болесна и малолетна жена губи право на издржавање, ако се по обављеном венчању не може преселити мужу. Она такође губи право на издржавање кад се не покорава или одбегне од свога мужа, кад предузме самостално путовање без његова питања, кад буде затворена по судској пресуди.[180]) Међутим, изгубљено јој

---

[177]) Ахкаму-шерија, § 176.

[178]) Ахкаму-шерија, § 177.

[179]) Кудури, Мухтесар, стр. 104, 105; Навави, Минхаџ, св. III, стр. 91.

[180]) И. Халеби, Мултека, стр. 158.

се право поврађа чим престану наведени узроци, због којих је наступило губљење права на издржавање.

Какогод се право на издржавање може изгубити тако оно може и застарети. Издржавање чија висина није утврђена уговором брачних другова или судском одлуком застарева за месец дана, али ако је она утврђена на наведени начин, онда се може потраживати све до смрти једног од супруга без обзира да ли међу њима брак још постоји. У једном јединим случају наплата потраживања се може тражити и после мужеве смрти. Наиме, жена која би се по одобрењу шеријатског суда на рачун свога издржавања задуживала може тражити да јој се задужена сума исплати из мужеве заоставштине.[181])

У вези са овим поставља се питање да ли муж има право да у случају престанка брачне заједнице потражује повраћај издржавања које би он унапред предао жени. Шеријатски правни текстови расправљају ово питање и одричу право мужу или његовим наследницима да траже повраћај унапред плаћеног издржавања.[182])

Тражбине жениног издржавања уживају предност пред потраживањима осталих мужевих веровника. Овај шеријатско правни принцип не може се данас у потпуности применити у односима југословенских муслимана с обзиром на специјалне прописе грађанског законодавства. То нарочито важи кад се отвори стечај над имовином мужа, јер на основу Стечајног закона од 1-VII. 1929, (§ 47, 54 и 55), тражбине жене стечајног дужника долазе у трећи ред, ако немају карактер разлучних тражбина, т.ј. ако те тражбине нису загарантоване залогом или хипотеком.

Какогод је шеријатско право заштитило женино издржавање од мужевих веровника, тако је оно заштитило њено право од евентуалних потраживања које би муж имао према њој. Стварно, муж не би могао да пребија своја потраживања према жени за издржавање које јој он дугује, ако она на то не пристане.

Женино право на издржавање има карактер личног права кога се она не може одрећи, нити га може пренети на другога. Она једино може поклонити, ако је иначе пословно способна, доспеле суме свога издржавања било мужу било трећим особама.

[181]) У Египту жена може тражити стечено издржавање највише за 3 године уназад, а у смислу § 99 зл. 6, Закона о реорганизацији шер. судова од 12-V-1931, No 78. О истом питању опширно пише Абдул-Вехаб Халлаф, Ел' Ахвалу шахсијати фиш-шеријати исламијети, Каиро 1935, стр. 90.

[182]) И. Халеби, op. cit, стр. 159.

Исто тако она може ослободити, опростити свога мужа од дужности да плаћа у будуће издржавање чија је висина позната и одређена (ибра).[183])

в) Женино право на једнакоправност са осталим женама. — Расправљање овога питања има важности само за полигамске бракове које, како је напред наведено, практикују још и данас, али врло ретко, муслимани у извесним крајевима Југославије.

Исламски правници говоре доста опширно о односима брачних другова у полигамским браковима и постављају углавном следеће принципе: 1) муж је дужан једнако поступати и опходити се са свим својим женама без обзира на њихову старост и веру. 2) муж је дужан достојно издржавати и настанити сваку своју жену у посебан стан, 3) муж је дужан проводити код сваке своје жене наизменично једнак део времена било један дан, било три дана, било једну седмицу. Од овог последњег правила може се отступити само у случају болести и путовања.[184])

ОДЕЉАК II.

Последице брака на имовинске односе брачних другова

Шеријатско право није обраћало овом питању толико пажње као што се то чини у савременом грађанском законодавству. Поред свега тога шеријатски правници поставили су јасно принципе који се односе на регулисање ове правне материје. При расправљању овог питања биће говора:

1) о имовинском режиму,
2) о правима мужа над имовином женином,
3) о имовинским споровима брачних другова.

§ 1 *О законском имовинском режиму*

Шеријатско право усваја режим одвојених добара, како оних које брачни другови стекну пре закључења брака тако и оних које стекну за време његова трајања. То је једини режим који шеријатско право третира и познаје. Дакле, у шеријатском праву не постоје доталии, миразни ни други имовински режими који су предвиђени у грађанском законодавсту.

[183]) Ахкаму-шерија, § 204.

[184]) Куран, IV — С. Ен' Нисау 129; Шејбани, Тејсир-ул-вусул, св. IV, стр. 273.

Стварно, муж нема права тражити од жениних родитеља да јој дају мираз, јер родитељи нису обавезни да дају ћерци опрему и мираз, нити опет може захтевати од жене да један део од своје имовине претвори у миразна добра или да их употреби у куповину намештаја.[185]) На овај начин, усвајајући режим одвојених добара, шеријатски правници су остали доследни принципу да муж сноси све терете брачног живота. Они иду у томе тако далеко да признају жени право да тражи од мужа накнаду за сваки рад који излази из оквира домаћих послова.[186])

Овакав систем може се ипак лако оправдати с обзиром да шеријатско право признаје полигамију и отказ брака, јер би ове две установе тешко било помирити са режимом заједнице добара или са миразним режимом. У случају полигамије морали би неминовно наступити случајеви да једна жена жртвује своју имовину за издржавање својих супарница, или за издржавање свога мужа који би јој могао отказати брак пошто је имовински искористи. Кад се узму у обзир ове чињенице, онда је сасвим оправдано што је шеријатско право усвојило режим одвојених добара.

Странке ипак могу отступити од ових прописа и регулисати, како ће се то накнадно видети, своје имовинске односе према слободном нахођењу и интересима.

Међутим, обичајно право многих исламских народа кориговало је ове прописе. Тако се код њених створио обичај да жена донесе поред руха намештај па чак и мираз. Нарочито се то запажа у Мароку где је отац обавезан дати својој ћерци опрему и намештај (џихаз). Жена остаје сопственица ових ствари и може с њима слободно располагати без мужева овлашћења.[187])

§ 2. *О правима мужа над имовином женином*

Грађанско законодавство признаје мужу право уживања над миразним добрима жене и право управљања њеним слободним добрима све док се она томе не успротиви.

Шеријатски правни систем усваја противно решење. Оно не признаје мужу ни право уживања ни право управљања над жениним добрима све док га она за то не овласти. Муж који добије у ту сврху овлашћење од своје жене сматра се као пуно-

185) Ахкаму-шерија, у § 112 пише да циљ брака није богаћење и да жена није дужна донети намештај ни мираз.

186) Ахкаму-шерија, § 180.

187) Revue Algerienne, 1933, I, p. 191.

моћник и као такав одговара за сву штету коју би јој својим поступком причинио.

§ 3. *О имовинским споровима међу брачним друговима*

Спорови ове врсте јављају се за време брака и по његовом престанку, а решавају се у принципу на основу редовних доказних средстава: сведока, исправа, заклетве. Изузетно спорови о својини намештаја решавају се на основу законских претпоставки, све док се оне не би обеснажиле противним доказима. Једне претпоставке су предвиђене за спорове који настану за живота брачних другова, а друге које настану по смрти једног од њих.

У случају да спор настане за живота брачних другова, онда се претпоставља да су све оне ствари које служе искључиво употреби жене, женина својина. Међутим, оне ствари које служе употреби мужа као и оне које могу послужити обојици брачних другова сматрају се као мужева својина.

Ова претпоставка важи само онда ако се који од супруга не бави трговином или производњом предмета у спору. За овај случај исламски правници постављају другу претпоставку према којој се сматра да су оспорене ствари својина оногa брачнога друга који тргује са таквим стварима или их производи.

Наравно, ове две претпоставке важе дотле док заинтересована странка противно не докаже.

У случају да се спор о намештају подигне по смрти једног од брачних другова, онда се претпоставља да оспорене ствари припадају у својину преживелом брачном другу ако се противно не докаже.[189])

ОДЕЉАК III

О брачним уговорима

Основни извор исламског учења Куран даје основ да се могу правити брачни уговори. На тај начин муж и жена могу изменити донекле своје личне и имовинске односе у браку.[190])

188) Ахкаму-шерија, § 206, § 116.

189) Ахкаму-шерија, § 118, 119. О решавању спорова о кућном намештају по грађанском праву видети А. Лазаревић, Претпоставка својине на кућнем намештају, Архив 1933, XXVII (XLIV), стр. 240—243.

190) Куран, IV — С. Ен' Нисау — 24.

§ 1. *Уговори личне природе*

Муж и жена могу мењати и своје личне односе само у правцу који закон предвиђа. На овај се начин може ограничити мужево право на полигамију, утврдити место становања и признати жени право на отказ брака.[191]) Уговори ове врсте у ствари иду за ограничењем мужевих а за проширењем жениних права. Тако, жена која је свесна ових повластица може на основу уговора побољшати свој положај у браку и онемогућити мужу да живи у полигамији, придржати себи право да станује код својих родитеља као и право да раскине брачну заједницу.

§ 2. *Уговори имовинске природе*

Брачни другови могу своје имовинске односе мењати слободније него своје личне. Они могу уговорити заједницу добара уместо режима одвојених добара. Ова уговорена заједница претставља неку врсту ортаклука и пресуђује се по принципима који регулишу ову правну материју. Жена може уговором овластити мужа да ужива један део или целу њену донесену или стечену имовину. Она му може такође признати право да управља њеном имовином.

Шеријатско право не прави никакву запреку пословно способним супрузима да чине једно другом поклоне за време трајања брака. Шта више ова врста даровања ужива привилегију, јер се не може опозивати.[192])

Ствар стоји друкчије кад је у питању располагање имовином за случај смрти. Шеријатско право не дозвољава уговоре о узајамном наслеђивању и издржавању брачних другова за случај смрти као што то допушта грађанско право. Ова забрана оправдава се чињеницом да се не би вољом приватних лица окрњили

[191]) О ограничењу полигамије видети Али Какарианеси, § 38; о одређивању места становника видети хадис цитиран у збирци хадиса од Шејбаније, Тејсир-ул-вусул, св. IV, стр. 276; о признавању права жени да откаже брак видети Кудури, Мухтесар, стр. 95.

[192]) Меџела, § 867: Када би муж или жена између којих брак још постоји једно другом нешто поклонили и предали, иза тога нема опозива. Напротив, римско право сматрало је ништавним даровања међу супрузима, бојећи се да то не доведе до материјалног искоришћавања једног супруга од стране другог супруга. — P. Girard, Droit romain, Paris 1929, p. 1000. Ово решење римског права одговарало би и за наше прилике где се догађају случајеви да на пример муж разведе брак пошто му жена поклони своју имовину.

прописи о законском наслеђивању који су предвиђени у Курану и као такви имају јавно-правни карактер. Из истих разлога не дозвољава се у принципу тестаменат једног брачног друга у корист другога, јер се не може правити тестаменат у корист законских наследника у које спадају муж и жена. Овај последњи пропис не односи се на хришћанке и јеврејке удате за муслимане. Иако шеријат не признаје овим женама право да наследе свога мужа муслимана, дозвољава ипак мужу да им на основу тестамента остави један део своје имовине, највише једну трећину.[193])

---

[193]) Н. Халеби, Мултеки, стр. 480.

ЧЕТВРТА ГЛАВА

Престанак брака

Закључени бракови могу се сврстати у две групе: 1) пуноважни бракови, 2) ништавни бракови.

Пуноважни су они бракови који задовољавају све прописане материалне и формалне услове, а ништавни су они који то не испуњавају.

Према томе и изучавање питања о престанку брака треба поделити на два дела и говорити посебно о престанку ништавних, па онда о престанку пуноважних бракова.

ОДЕЉАК I.

Престанак ништавних бракова

Од прописа који је повређен зависи питање да ли ће брак који не испуњава све законске услове бити поништен по сили закона или на захтев заинтересованих лица. Некад је стварно сама друштвена заједница заинтересована да интервенише и тражи ништење закљученог брака као у случају остварења брачне везе између ближих сродника. Некад опет друштвена заједница оставља на вољу заинтересованим лицима да траже ништење брака као у случају кад се брачна веза склопи без овлашћења једног од супруга.

Према томе шеријатско право дели узроке због којих се брачна веза може поништити на апсолутне и релативне узроке ништавости, а ништавне бракове на апсолутно и релативно ништавне бракове.

§ 1. *Апсолутно ништавни бракови (гајри—сахих)*

Исламски правници обрађују са особитом пажњом ово питање, одређујући тачно узроке ништавности, начин престанка и последице ништавних бракова.

Узроци апсолутне ништавности поклапају се углавном са апсолутним сметњама за закључење брака о којима је већ раније било речи. У узроке апсолутне ништавности спадају ове чињенице:

1) блиско сродство међу брачним друговима;

2) закључење брака са петом женом поред живе четири венчане жене;

3) живот у полигамском браку са више сестара, или са тетком, њеним братичнама и сестричнама (џем);

4) ступање у брачну заједницу са туђом женом;

5) брачна веза муслимана са безверком;

6) брачна веза муслиманке са немуслиманом;

7) склапање брака у име неспособних лица које изврши несавестан отац, деда по оцу, син или који други законски заступник са недостојном особом или уз неодговарајући мехр;

8) закључење брака које изврши законски заступник са својом брачно пунолетном штићеницом без њезина знања и овлашћења, па макар она накнадно и одобрила ту везу;

9) склапање брака са туђом женом у иддету (пре истека њеног послебрачног рока чекања);

10) склапање поновног брака са женом с којом се муж већ дефинитивно развео, ако та жена није издржала законом прописане формалности (хулла);

11) склапање брака непосредно са потпуно неспособним лицем (са лудим или неразумним малолетником);

12) уговарање брака на рок или под условом раскидним и одложним (мувекат);

13) уговарање брака на уживање (мут'а);

14) неиспуњавање прописаних формалности при венчању.

Брак који је закључен под наведеним околностима ништи се по сили самог закона. Брачни другови чим сазнају да међу њима постоји који од узрока ништавости дужни су се одмах развићи без потребе да чекају решење суда. Ако то они не учине суд је дужан донети решење о присилној растави супруга.[104]

Ништавност брака не подлежи застарелости. Она се може тражити и констатовати како за живота брачних другова тако и после њихове смрти.

[104]) Ахкаму-шерија, § 131.

Последице ништавности (неваљаности) могу бити кривично правне природе и грађанско правне природе.

Последице кривично-правне природе огледају се у санкцији казни која се примењује на брачне другове у случају ништења брака. Према шеријатском праву казна се може применити само кад ништавност наступи, уследи због сродства или због закључења брачне заједнице са туђом женом или са женом у иддету. Што је врло карактеристично, казна се у горњим случајевима примењује само на мужа а не на жену, без обзира да ли је он знао или не за узрок ништавности брака.[195]) Код југословенских муслимана санкција за ова дела не одмерава се према шеријатском праву него према Југославенском кривичном законику и од стране редовних грађанских судова. §. 291 овога законика гласи: „Ко ступајући у брак лукаво прикрије од друге стране какву чињеницу због које се брак може огласити ништавим или рушљивим, казниће се строгим затвором. Исто тако казниће се и ко другога лукавим обмањивањем због кога се брак може побијати, наведе да с њим ступи у брак. Гоњење се предузима по предлогу и то само онда ако је брак због прикривене чињенице или обмањивања оглашен да не важи.“

Кривични законик у § 295 предвиђа казну и против лица које знајући да се брак може уништити помаже да се изврши венчање“.

Последице грађанско-правне природе огледају се у дејству ништавог брака на узајамне личне и имовинске односе брачних другова као и на њихове односе према деци.

При оцењивању овог питања пресудну улогу игра чињеница да ли су брачни другови по ступању у брак имали сношај или не.

Ако брачни другови нису имали сношај, нису вршили брачне односе, онда се сматра да њихов брак није никада ни постојао и према томе не производи никакве последице. Ствар стоји друкчије ако су брачни другови имали односе. У овом случају брак производи последице, јер ствара тазбинство, даје жени право да тражи мехр, обавезује је да издржи идет и служи као непобитан основ за одређивање брачности деце без обзира да ли су муж и жена знали или нису знали за узрок ништавости њихове брачне везе.[196]) Међутим, овакови бракови не стварају никакве друге

[195]) Ахкаму-шерија, § 131, 132.

[196]) Кудури, Мухтесар, стр. 88, 89; Х. А. Бушатлић, У правно неваљалом браку рођена деца наслеђују свог оца, а његова жена не наслеђује га, Архив, 1926, XIII (XXXIII), бр. 2. Према шеријатском праву деца која потичу из ништавих бракова сматрају се брачном. Исламски правници усвојили су ово решење, сматрајући да би било неоправдано прогласити ову децу ванбрачном и тако на њих невине пребацити кривицу њихових родитеља и друштвеног уређења.

Шеријатско право усвојило је много повољније решење за децу из ништавих бракова него је то учинио Српски грађански законик, који сматра ванбрачним свако дете које потиче из ништавог брака. Исто тако шеријатско-правно решење повољније је за децу него решење француског законодавства које сматра ванбрачном децу која потичу из ништавих бракова, ако су муж и жена знали да између њих постоји брачна сметња. — Д-р Лаза Марковић, Породично право, Београд 1920, стр. 78 и стр. 207.

последице па ни право на узајамно наслеђивање. Ако би се случајно наслеђе отворило пре него се сазнало за узрок ништавости, заинтересована лица имају право тражити од преживелог супруга повраћај наследног дела који је примио.

§ 2 *Релативно ништави, рушљиви бракови*

Шеријатско право познаје две врсте рушљивих бракова. У прву врсту спадају они бракови чија пуноважност зависи од одобрења заинтересованог лица (никах-мевкуф), а у другу спадају они бракови који су по својој суштини пуноважни, али чија судбина ипак зависи од воље заинтересованог лица. Дакле, у прву врсту спадају условно ваљани бракови, а у другу бракови са правом опције.

Ова подела има, како ће се видети, извесно значење, па је потребно посебно изучавати ове две врсте рушљивости.

I. УСЛОВНО ВАЉАНИ БРАКОВИ (МЕВКУФ)

Овде спадају оне брачне везе где не достаје један од услова који се траже за њихову пуноважност. Ту се ради о неиспуњавању таквих услова које шеријат не сматра као довољне узроке да се брачна веза руши по сили самог закона, него се оставља заинтересованим лицима да они то учине.

Узроци рушљивости. — Шеријатско право признаје ове чињенице као узроке за побијање брака:

1) Склапање брака које изврши брачно пунолетна жена са недостојним мушкарцем без одобрења њезина законског заступника;

2) уговарање брака које изврши брачно пунолетна жена са достојним мужем, али уз недовољан мехр, ако за то није добила одобрење свога законског заступника, а муж не пристаје да повиси мехр;

3) склапање брака које изврши разумни малолетник изнад 7 година (сагири—мувејиз) или сенилна особа (матух) без обзира на пол, ако нису за то добили претходно одобрење од својих законских заступника;

4) венчање обављено под силом извршеном од једног сауговарача или трећих лица;

5) превара у личности брачног друга и у достојности мужа;

6) прекорачење власти са стране пуномоћника и законског заступника;

7) склапање брака посредовањем самозваног пуномоћника (фудули).

Начин разрешења условно ваљаних бракова. — Шеријатски суд не може по службеној дужности поништити овакав брак. То он може учинити само ако заинтересована странка не одобри брачну везу и тражи да се она поништи. Ово право на побијање, ништење признаје се некад законским заступницима, а некад невином брачном другу.

Право на побијање може се изгубити изричним одобравањем брачне везе или вршењем какве радње из које се може извести да је заинтересована странка задовољна са браком. На пример, када жена коју венча самозвани пуномоћник пређе у стан лица за кога је венчана или ступи с њим у односе.

Право на побијање подлежи застарелости, ако се заинтересовано лице не послужи овим правом у извесном року по сазнању да је венчано. Тако, према учењу маликијске школе право на побијање застарева у року од три године по сазнању венчања.

Последице ништења условно ваљаних бракова могу бити кривично-правне и грађанско правне природе. Последице кривично-правне природе састоје се у примени казне која се може изрећи у смислу § 291 Југословенског кривичног законика. Последице грађанско-правне природе зависе од тога да ли су брачни другови имали односе или нису.

Брак не производи никакав учинак ако његово ништење наступи пре брачног састанка. Међутим, ако се ништење изврши после тога састанка жена је дужна издржати иддет, деца рођена из тог поништеног брака сматрају се брачном, остварује се тазбинство између једног супруга и ближих сродника другог супруга. Исто тако жена стиче право на мехр увек сем у случају ако је брак поништен због мужева малолетства.[197])

[197]) Ахкаму-шерија, § 88.

II. БРАКОВИ С ПРАВОМ ОПЦИЈЕ (ХИЈАРИ-ФЕСХ)

Бракови ове врсте испуњавају додуше прописане услове за своју пуноважност, али се ипак признаје заинтересованим супрузима право да их побијају. То је учињено у циљу да се заштити интерес оних брачних другова који би недужно патили у заједници у коју вероватно не би ни ступили да су се могли приликом венчања слободно опредељивати и упознати стање свога брачног друга.

Узроци рушљивости. — Право на побијање признаје се из следећих узрока:

1) незадовољство које изјави лице мушког или женског пола у време свог брачног пунолетства против брака што га је у име њихово за њихова малолетства закључио који други законски заступник сем оца или деде по оцу;

2) незадовољство са браком које изјави духовно поремећена особа по своме оздрављењу против брака што га је у име њено склопио који други законски заступник сем оца, деде по оцу или сина;

3) заблуда о полној потенцији мужа.

Начин разрешења. — Право на побијање признаје се само заинтересованом брачном другу, који може од овог одустати изрично или прећутно вршењем какве радње на основу које се може закључити да постоји воља за одустајање. Брак не може престати самим оптирањем, вољом, изјавом заинтересованог супруга. Потребно је да се та изјава учини пред судом који на основу тога доноси решење о ништењу брачне везе. Дакле, све док суд не донесе своје решење сматра се да брак постоји и производи пуноважно своје последице.

Право на побијање губи се излечењем мужеве импотенције и смрћу заинтересованих супруга. Наследници не би могли тражити од суда да прогласи брак њихова сродника ништавним све кад би се овај за живота изјаснио да је незадовољан са том брачном везом.

Последице ништења ове врсте бракова могу бити само грађанско-правне природе. Оне се одређују према томе да ли су супрузи одржавали полне односе или нису.

Поништени брак даје жени у принципу право на половину мехра ако није ступила у односе са мужем. То не може захтевати једино она жена која у време свог брачног пунолетства поништи брак што га је у име њено склопио који од законских заступника.

Међутим, брак производи шире дејство ако његово поништење уследи после брачног састанка супруга. Жена у том случају има право да тражи исплату целог мехра, дужна је да издржи иддет, деца су брачна, а поништени брак ствара тазбинство.

ОДЕЉАК II

Престанак пуноважних бракова

Брачна заједница може престати на два начина: Природним путем (смрћу једног од брачних другова) и правним путем (разводом и поништајем).

§ 1) *Престанак брака природним путем*

У природне узроке престанка пуноважног брака спада смрт која може бити фактична и претпостављена.

Фактична смрт је она где се стварно зна и може доказати да је извесно лице умрло. Чим се докаже или установи да је један од супруга преминуо, њихова брачна заједница престаје по сили закона и природи саме ствари. Престанак брака производи последице које зависе од тога да ли је преминуо муж или жена. Кад муж умре његова жена је дужна издржати иддет који траје четири месеца и 10 дана ако жена није трудна, без обзира да ли је имала састанак са мужем или не. Ако је жена трудна иддет траје све до порођаја. За то време жена је дужна становати у кући свога умрлог мужа и живети скромно и повучено да тиме докаже да га жали.[198]) Жена има право да наследни део из заоставштине свога мужа, стиче право да јој се из његове заоставштине подмире сва њена потраживања која јој он дугује. Међутим, она не може тражити да јој се из заоставштине плати издржавање за време иддета. Кад жена умре муж је дужан платити погребне трошкове а њеним наследницим остала њена потраживања.

Претпостављена смрт је она где се на основу извесних законских чињеница може претпоставити да је наступила фактична смрт несталог лица.

У животу наступају случајеви да се извесно лице изгуби, да га нестане тако да се ништа позитивно не зна о његовом животу и смрти. Врло често постоји немогућност да се утврди, докаже фактична, права смрт нестале особе. Да се овоме доскочи, шеријатско право је донело прописе на основу којих се може

[198]) И. Халеби; Мултека стр. 153. Жена није дужна носити нарочито одело, црнину да тим јавно докаже да је у жалости.

нестала особа прогласити умрлом. Тако, шеријатски суд може прогласити несталу особу умрлом чим она наврши 90 год. живота, јер се сматра да је тиме достигла крајњу границу људског живота и према томе постоји вероватност да није жива.[199])

Нестало лице може и пре овога рока бити проглашено умрлим, ако заинтересоване странке докажу да су сви његови вршњаци у месту његова рођења помрли. Чим се утврди ова чињеница суд може прогласити несталог умрлим, јер шеријатско право претпоставља да он није могао преживети све своје вршњаке.

Наведени прописи важе и примењују се само за особе које нестану у нормалним приликама. Али, ако извесна особа нестане у ненормалним приликама као што су рат, бродолом и слично, она може бити проглашена за умрлу чим се наврше у принципу четири године по престанку опасности у којој је то лице нестало.[200])

Претпостављена смрт почиње производити свој учинак на опстанак брака од часа доношења судске пресуде и од тога момента престаје брачна заједница, а преживели супруг стиче сва права и има све дужности као и у случају кад брак престане због праве смрти.[201])

Може се лако догодити случај да лице које је проглашено умрлим још живи и да се после доношења судске пресуде појави и поврати. Исламски правници предвидели су ову ситуацију и решили да се брак мужа који је проглашен мртвим поново

[199]) Међу исламским правницима не постоји сагласност у питању утврђивања крајње границе људског живота. Једни сматрају да несталог треба прогласити умрлим кад наврши 70, други 80, трећи 90, четврти 100, а неки траже 120 год. — I. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 43; Кудури, Мухтесар, стр. 82; Али-Ефенди, Фетава, Истамбул 1289, св. I, стр. 245—248; Ахкаму-шерија, § 578.

[200]) Ово је решење усвојио Египат у § 21 закона од 1929 No 25. Слично је поступио Врх. шер. суд у Скопљу својим решењем од 10-XI-1930, бр. 433, према коме се лице које је нестало у изузетно тешким, погибељним приликама као рат, бродолом може прогласити умрлим чим мине извесно време после догађаја у коме је то лице нестало. Шеријатском судији оставља се слобода да самостално цени о томе да ли је протекло довољно времена да би се нестали могао прогласити за умрлог. Ово решење Врх. шеријатски суд оправдава поред осталог једном фетвом коју је за време светског рата издао шејхул-ислам у Цариграду.

[201]) Шеријатско право сматра да је нестали умро некада у часу судске одлуке, а некада у часу када је нестао. Тако, на пр. сматра се да је нестали умро у часу доношења судске одлуке кад је у питању његов брак и подела наслестава. Међутим, сматра се да је нестали умро у часу када је нестао а не у часу доношења одлуке, ако се ради о наследним деловима или легатима учињеним у његову корист за време његове несталости.

успоставља чим се установи да је жив. Њихово решење не претпоставља тешкоћу ако жена није склопила брачну везу са другим мужем.

Међутим, ствар је много озбиљнија и компликованија ако жена закључи нови брак, јер њен први муж има право да тражи поништење овог њеног брака и да после тога настави живот са њом. Ово се у животу показало као незгодно, па је турски закон од 8 Мухарема 1336 год. (1917) донео у своме § 128 пропис према коме муж по своме повратку може наставити живот са својом женом само онда ако се она није преудала.[202])

§ 2 *Престанак брака правним путем*

Грађанско законодавство познаје потпуни и непотпуни престанак брачне заједнице. Потпун престанак производи се разводом и поништајем брака а непотпуни раставом од стола и постеље.

Шеријатско право познаје само потпуни престанак брака који може уследити: отказом, узајамним споразумом, судском пресудом и поништајем.

I. ОТКАЗ БРАКА (ТАЛАК-ПУШТАЊЕ)

Југословенски муслимани називају ову установу „пуштање жене". Ислам је преузео ову установу из арапског обичајног права и сматра је као изузетну меру, нужно зло и дозвољава да се примењује само из оправданих разлога. То се најбоље види из ове Мухамедове изреке: „Од свих дозвољених ствари Богу је најмржи отказ брака."[203])

[202]) Овај турски закон још је у важности у оним областима бивше Турске који су од ње отпали после светског рата као Сирија и Палестина. (Każém Daghestani, Étude sociologique sur la famille musulman en Syrie, Paris 1932, p. X). Према томе пропис § 128 наведеног закона још се и данас примењује у овим земљама. Египат је ово питање решио на сличан начин у § 8 Закона од 1920, No 24. Према овоме пропису муж који је проглашен за умрлог не би могао у случају свога повратка тражити да се поништи други брак његове жене, ако је њен нови муж ступио с њом у брак у доброј намери, у уверењу да је нестали муж у ствари мртав.

Шеријатска судска пракса у Југославији држи се још оног принципа према коме би оглашени муж за умрлог могао после свога повратка тражити поништај новог брака који је закључила његова жена.

[203]) Шејбани, Тејсир-ул-нусул, св. IV, стр. 166. И из других хадиса види се да се отказ брака може примењати само у оправданим случајевима. Тако један хадис прописује да ће Божије проклетство стићи, пануги на онога ко се растави од своје жене безразложно. Уосталом, на основу Курана може се закључити да

Право отказа признаје се само у принципу мужу, а оправдава се следећим разлозима. Исламска породица по своме устројству припада патријархалном типу. Муж је шеф ове заједнице, он врши власт, надзор над целокупним животом и радом њених чланова. Отказ брака служи му углавном као средство, мера да држи жену у јачој покорности и да је искључи из породичне заједнице ако му је непокорна, ако настоји да умањи његов ауторитет или ако уноси свађу и раздор међу чланове породице.

Жена се међутим може послужити овом установом једино ако јој то муж дозволи и призна на основу уговора. Ова разлика и неједнакост оправдава се, уведена је због женине непромишљености и лакомислености, из бојазни да жена не злоупотреби ову установу на штету дисциплине у браку и на штету његове стабилности.

Исламска традиција поставила је доста тешке услове под којим се може применити, прибећи отказу брака. Тако се ова установа може применити само ако постоје оправдани разлози који доводе у питање мир и складност у брачном животу. Муж ипак није могао у свако време отказати брак, иако би за то постојали оправдани разлози. Он је то могао учинити само кад жена нема месечнице под условом да с њом није вршио односе у време те њене интерменструалне чистоте. У смислу традиције престанак брака не би уследио одмах по изјави мужеве воље, јер би та изјава производила за извесно време (док траје иддет) неку врсту одвајања од стола и постеље. За то време, које обично траје три месеца, мужу се давала могућност да се измири са својом женом и опозове свој отказ.

Ови исти услови важе и за жену која отказује брак на основу права које јој муж призна.

Ови услови које поставља традиција (суннет) изгледали су и сувише тешки исламским масама, чији су обичаји признавали широку власт и слободу мужу у погледу отказивања брака. Одмах по смрти Мухамедовој масе су почеле изигравати прописе традиције о отказу брака и прибегавати старом обичајном праву. Исламски правници након дугог колебања признали су да је пу-

се отказ брака дозвољава као изузетна мера и то само кад постоје оправдани разлози. Он шта више препоручује разведеним брачним друговима да се измире и обнове брачну везу, а друштвеној заједници ставља у дужност да покуша мирење завађених супружника и да их наговара саветује да продуже заједнички брачни живот. Отказ брака постоји у праву многих старих народа као Римљана и Јевреја. Ова установа постоји и у данашњем совјетском праву.

новажан, али са моралног гледишта покудан, овај отказ брака који се не врши потпуно у духу традиције. Ово њихово признање имало је за последицу да се у исламском свету изгуби из праксе отказ по традицији (талаки-сунет) и уведе и примењује искључиво отказ по обичају (талаки-бидат). Данас се тај отказ по обичају практикује са мањим или већим разликама у свим исламским крајевима.

Изучавање отказа брака по обичају захтева да се у првом реду говори о условима и последицама отказа кад га врши муж, па онда кад га врши жена и на концу о превентивним мерама против злоупотреба ове установе.

А) **Отказ брака вољом мужа.** — За пуноважност отказа брачне везе потребно је испунити следеће услове:

а) способност отказивања,

б) употреба бракоразводне формуле,

в) могућност отказивања,

г) намера за отказивање.

а) Способност за отказивање признаје се брачно пунолетном (балиг), душевно здравом лицу и особи свесној која може схватити и оценити значење свога чина.[204]) Па и поред тога већина правника без обзира да школу сматра да пијана особа може пуноважно отказати брак ако се опила својевољно а не под притиском трећих лица. Неки правници не слажу се са овим решењем и стоје на становишту да човек у пијаном стању не може ценити значење својих дела ни отказати брак.[205]) Ово последње решење, које је уосталом исправније и логичније, почеле су уводити у праксу извесне исламске земље. Тако Египат у § 1 закона од 1929 г. Но. 25 предвиђа да није пуноважан отказ кад га човек изврши у пијаном стању.

Отказ брака сматра се као лично право мужа и према томе он се једино може послужити овим правом било лично, било преко пуномоћника, било признањем тога права својој жени. Дакле, законски заступник који може пуноважно закључити брак у име својих штићеника не може у име њихово отказивати њихову брачну везу.[206])

в) Могућност отказивања постоји у принципу само за време трајања брака, тј. од часа његова закључења па до

[204]) Али Ефенди, Фетава, св. I. стр. 90.

[205]) И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 66.

[206]) Ахкаму-шерија, § 221.

часа његова престанка. Ипак извесни правници ханефијске и маликијске школе дозвољавају да се у облику заклетве може отказати и она брачна веза која има тек да се склопи. Тако, ако један способан мушкарац положи заклетву са речима: „Свакој жени са којом се будем оженио отказујем брак“, ова његова заклетва производила би развод сваке брачне везе коју он склопи.

Друге школе, сматрају да је овакво решење неосновано, јер то води ниподаштавању и избегавању брака, установе које основни исламски извори уздижу, препоручују и држе као основу друштвеног поретка.[207]) Уосталом, горе наведена решења имају само теориску важност, јер се она не примењују у практичном животу.

Опште је усвојено мишљење да се брак може поново отказати и жени за време њезина послебрачног рока чекања (иддета). То је могуће учинити само у случају ако је жена била разведена на основу опозивљивог отказа, из разлога што брачна веза у оваквој прилици постоји све док жена не изврши свој иддет (послебрачни рок чекања).

в) Бракоразведене формуле деле се по својој природи на јасне (сарих) и двосмислене (кинаја). Јасне су оне формуле из којих се може несумњиво закључити да муж жели отказати, развести свој брак. Ове формуле могу бити изричне, на пр. кад муж рече својој жени: „Разводим се с тобом“, или истоветне, на пр. кад глухонеми муж разумљивим знацима изјави вољу за отказ своје брачне везе. Двосмислене формуле су оне које могу истовремено да значе изјаву воље за развод брака или нешто друго. Такав би случај наступио кад би муж својој супрузи рекао: „Слободна си, иди куд хоћеш“.

Према своме дејству бракоразводне формуле деле се опет на: једноставне, двоструке и троструке. Углавном, од тога коју ће муж од њих употребити зависиће и његово право да опозове отказ за време трајања женина иддета. Једноставне су оне

[207]) О овим питањима говори Ахкаму-шерија, § 257; И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 68. Има неколико хадиса који говоре против овог решења да се може извршити отказ у облику заклетве женама са којим ће неки човек у будућности склопи брак. — Шејбани, Тејсир-ул-вусул, св. III, стр. 164.

Оваква решења која су противна духу основних исламских извора (Курану и суннету) и која се уосталом нису примењивала и не примењују у пракси, навела су, дала су повода неким европским научницима да закључе да исламско учење води до негације брака. — I. de Nauphal, Législation musulmane (filiation et divorce) St. Petersbourg, 1893, p. 57 et suiv.

формуле из којих се може извести да муж жели отказати своју брачну везу само једанпут као на пр. кад он каже својој жени: „Раскидам брачну заједницу." Двоструке су опет оне формуле из којих се подразумева жеља да се брак разведе два пут, као у случају кад би муж рекао својој жени истовремено или узастопно да разводи брак два пута. Троструке су оне формуле из којих се може закључити да се муж жели дефинитивно развести од своје жене као у случају кад би он рекао да раскида, отказује брачну везу три, четири или небројено пута.[208])

Бракоразводна формула може се изрећи под условом и на рок. Тако, муж може везети, условити отказ брака за наступање каквог будућег извесног или неизвесног догађаја. Према томе наступиће пуноважни розвод брака кад би муж рекао својој жени да отказује брак чим она напусти кућу без његова питања, или кад би рекао да јој отказује брак од данас до месец дана. Чим се оствари овај догађај или наврши предвиђени рок одмах наступа раскид брачне заједнице.

Међутим, муж не би могао отказати брачну везу за одређено или неодређено време, с тим да се после тога успостави поново брачна заједница. Ово право да се отказ може везивати за услов и рок доводило је у животу до незгодних и нежељених последица, јер је муж на овај начин могао искоришћавати и морално злостављати своју жену. Египат је недавно донео законски пропис у циљу да се спрече ове злоупотребе према коме условни отказ не производи своје дејство, ако је услов учињен у циљу потстрекавања за извршење једног чина или за одустајање од неког дела.

д) Намера мужа да раскине брак јесте у принципу један од услова ваљаности отказа.

Према прописима ханефијске школе ова се намера, вољa у извесним случајевима претпоставља, док је некада опет потребно доказивати њено постојање. Намеру је потребно доказивати кад се употреби двосмислена бракоразводна формула. Међутим, кад муж употреби јасну бракоразводну формулу претпоставља се да је имао намеру да откаже брак, па макар постојало неподударање између његове воље и изјаве као у случају кад би изрекао отказ

[208]) Исламски правници опширно расправљају питање о бракоразводним формулама, одређујући често пута вредност појединих формула и њихово дејство. Али-Ефенди, Фетава, св. I, стр. 89, 93; И. Рушд Бидаја, св. II, стр. 60—64; Навави, Минхаџ, св. II, стр. 438—444.

под притиском.[209]) Правници других правних школа не слажу се са овим решењем и држе да је ништав сваки отказ који се изврши под силом или претњом. Њихово је тумачење много логичније него оно прво, јер води више рачуна о стварној вољи мужа и о значењу брака на који указују основни исламски извори. Ово је тумачење усвојио Египат у § 1 закона № 25 од 1929, према коме отказ брака нема важности и не производи последице ако је извршен под притиском или силом (икрах).

За пуноважност отказа не траже се сем наведена четири никакви други услови. Тако се брак може правилно отказати без присуства сведока и без интервенције власти. Шта више не тражи се да брачни другови региструју свој отказ код суда или да о томе сачине исправу. Довољно је дакле да способан муж изјави својој жени лично или преко пуномоћника своју намеру, одлуку о отказу брака, па да на основу тога брачна веза пуноважно престане. Наравно да су се током времена увели још и други услови о којима ће доцније бити речи.

Б) **Последице отказа.** — Пресуђивање овог питања зависи од две чињенице: од стања у ком се брак налази и од бракоразводне формуле. У смислу овога исламски правници деле отказе на:

а) опозивљиве (рици),

б) непотпуно неопозивљиве (баин-сугра),

в) потпуно неопозивљиве (баин-кубра).[210])

а) опозивљиви отказ брака наступа кад муж употреби, изрече једноставну или двоструку бракоразводну формулу против жене с којом је имао односе. Отказ извршен под овим условима не производи одмах потпуни престанак брачне везе него неку врсту раставе, јер муж за време трајања женина иддета може повући, опозвати своју одлуку и наставити живот са својом женом.[211]) Дакле, за време иддета брак постоји и брачни другови задржавају сва права једно према другом па и узајамно право наслеђивања. Отказ постаје неопозивљив и повлачи престанак

[209]) И. Халеби, Мултека, стр. 124; Ахкаму-шерија, § 217. Правници су овде отступили од овог општег шеријатско-правног принципа који гласи: „Послови се пресуђују према намерама". Они правдају отступање од овог принципа једним хадисом у коме се поред осталог вели да је све озбиљно у браку. Према томе све оно што се учини у браку треба узети да је озбиљно учињено без потребе да се испитује стварна воља странака.

[210]) Куран, II — С. Ел' Бекаре — 228—232, поставља принципе о последицама развода и дужностима разведене жене.

[211]) Кулури, Мухтесар, стр. 96.

брачне заједнице, чим жена издржи иддет који по правилу траје 3 месеца ако жена није трудна, а ако је трудна траје до порођаја. После тога распуштеница постаје слободна, може се преудати за другога, а може поново закључити брак и са бившим супругом.

б) Непотпуно неопозивљиви отказ брака настаје кад муж изрече једноставну или двоструку бракоразводну формулу против жене с којом је имао односе. Отказ извршен под овим условима производи одмах престанак брачне заједнице. Дакле, после овога жена није дужна ступити у иддет ако није имала састанак са својим мужем, али у случају да је имала састанак, онда је дужна испунити ову обавезу. Ова врста отказа не ствара сметње запреке да разведени брачни другови склопе нови брак.[212])

в) Потпуно неопозивљиви отказ брака наступа кад муж изрече одједанпут троструку бракоразводну формулу против своје жене без обзира да ли је с њом имао односе или не.[213]) То може такође наступити и у случају кад муж сукцесивно изрече три једноставне или једну једноставну и једну двоструку бракоразводну формулу. Чим се ово догоди брак дефинитивно престаје, распуштеница је дужна издржати иддет ако је имала састанак са мужем и за то време има право на издржавање. После тога она се може преудати за другога. Међутим, она не може склопити нову брачну везу са својим бившим мужем, јер потпуно неопозивљиви отказ ствара брачну сметњу за закључење брака међу разведеним супрузима. Ова сметња постоји и онда кад муж изрече три пута отказ истој жени, па макар се то не догодило у истом браку него у два или три брака, које он сукцесивно закључи са истом женом. Ова сметња (хулла) није трајна. Она се може отклонити и то само на тај начин да се жена преуда за треће лице, па након извршеног сношаја разведе брак с тим лицем и после тога издржи прописани иддет. Кад се испуне ови услови први муж може поново склопити брак са овом женом.

В) **Отказ брака вољом жене.** — Жена може отказати брак само онда, ако јој муж то право призна било у време венчања

212) Ахкаму-шерија, § 240 и § 246.

213) Према суннету отказ брака са троструком бракоразводном формулом није производио дефинитивни развод брака. — Шејбани, Тејсирул-вусул св. III, стр. 160. Исто тако, у Египту према закону од 1929 No 25 отказ брака троструком формулом не производи дефинитивни развод, јер се мужу признаје право да настави живот са разведеном женом за време трајања њезина иддета.

или доцније. Муж може признати жени право на отказ брака у три облика:

а) избор (хијар),

б) пресуђивање (темлик),

в) слободно одлучивање (мешијјет).

а) Право избора (хијара) добива жена у случају кад је муж овласти да бира једну од следеће две алтернативе: *заједнички живот или развод*. Ако жена прими понуду дужна је одмах у истом заседању изјаснити се о овој ствари, сем у случају кад јој се одреди рок за размишљање.

Давање овлашћења у овом облику темељи се на поступку Мухамедовом, који је једном приликом ставио своје жене, које су показивале извесно незадовољство, у алтернативу да бирају, да се изјасне за заједнички живот или на отказ брака. Овом приликом све су се жене изјасниле да желе наставити с њим заједнички живот.[214])

б) Право пресуђивања (темлик) добива жена кад јој муж призна право отказа у конкретном случају и овласти је да према своме нахођењу раскине брачну заједницу. У случају да жена прими понуђено овлашћење дужна је у истом заседању изјаснити се о судбини брака, сем ако јој је одређен известан рок за размишљање. Овај начин давања овлашћења уведен је у живот за владавине халифе Омера, а по суштини је врло сличан са оним о коме је већ било речи.[215])

в) Право слободног одлучивања (мешијет) има она жена, којој муж призна на основу уговора било у време венчања или доцније власт да може кад год хоће отказати брак[216]) Овлашћење дато у овом облику није ограничено на време као она два прва, јер се жена може с њим служити за целог трајања брачне заједнице. У оваквом случају обадва брачна друга имају једнако право на отказ, мужево се право заснива, извире из самог закона а женино произилази из уговора.

214) Куран, XXXIII — С. Ахзаб — 28, 29; И. Рушд, Бидаја, св II, стр. 59.

215) И. Рушд, op. cit. св. II, стр. 59.

216) Али-Ефенди, Фетава, св. I, стр. 95, 95; Сејфулах Прохић, Китабун-никах, Сарајево 1334, стр. 64 у вези са стр. 82—89.

У неким крајевима ушло је у обичај да жене задржавају себи право на отказ приликом склапања брака. Тако на пр. у неким крајевима у Алжиру жене задржавају себи у време венчања право отказа и могу у свако време разрешити брак ако им нијеповољан. — G. H. Bousquet, Note sur le mariage mechrouth dans la région de Gouraya, Revue algérienne, I. 1931, I, p. 9.

Има правника који препоручују женама да приликом венчања уговоре са мужем да им подели овлашћење да могу и оне отказати брак. Данас у многим земљама жене се придржавају ове препоруке и уговором осигуравају себи наведено право, обично у време венчања. Отказ који изврши жена производи некад опозивљив, а некад неопозивљив учинак. То зависи углавном од облика под којим је жена добила овлашћење. Тако, отказ извршен на основу права избора или права пресуђивања има непотпуно неопозивљив учинак (баин), онај који је извршен на основу права слободног одлучивања има опет опозивљив учинак (рић'и). У прва два случаја брачни другови не могу наставити заједнички живот док не обнове венчање, а у овом последњем случају то могу учинити под условом да се та намера приведе у дело пре него истекне женин иддет.

После овога, потребно је истаКнути разлику која постоји између признавања права на отказ и давања жени пуномоћства да откаже свој брак. Признање права на отказ муж не може одузети од жене кад јој га већ једном подели, а пуномоћство може одузети увек кад то нађе за сходно. С друге стране, пуномоћство за отказ може се дати како жени тако и другим лицима, а признање се може дати искључиво и једино жени.

Г) Мере за сузбијање евентуалних злоупотреба отказа. — Већина исламских правника заступа мишљење, пише Шарани, да се „отказ брака не одобрава, сматра се као покудна ствар у случају кад брачни другови живе у слози", а Ебу Ханифа вели да је формално забрањен.[217]) Дакле, отказ брака налази своје оправдање у случају несносна, несложна живота, у случају кад не постоји узајамна љубав која је основна подлога и темељ брачног живота. У оваквој прилици било би неоправдано силити брачне другове да живе и одржавају заједницу у којој не могу наћи свој идеал и остварити основни циљ брака који лежи у узајамном помагању и моралном усавршавању. Поред тога брак где супрузи не живе у слози и љубави не претставља ни повољну средину за децу и њихово одгајање. Ислам оставља у надлежност мужа евентуално жене да према својој савести цене да ли њихов брак има свој смисао и своје оправдање. Мужу и жени се препоручује да при оцењивању овог питања буду опрезни, правични, јер свака злоупотреба отказа повлачи за собом тешку казну на будућем свету. Исламски правници наваћају неколико узрока који према

[217]) Шарани, Мизан, св. II, стр. 126.

њиховом мишљењу могу да помуте добре односе у браку и да служе као разлози за његово раскидање. Тако, они сматрају да муж не греши ако откаже брак због женина неверства, слабог моралног и верског владања, непокорности, стерилности, као и у случају ако он лично није у стању да испуњава дужности које му шеријат намеће.[218]) Поред ове моралне мере која може имати значење, за верски убеђене људе и на њих вршити утицај, ислам је завео још и мере правне и економске природе против евентуалних злоупотреба отказа. У превентивне мере правне природе спада, долази: а) отказ брака по суннету, б) отказ брака у смртној болести, в) хулла.

Отказ брака по суннету као превентивна мера. — Напред је речено да је према суннету (традицији) муж могао отказати брак само помоћу једноставне бракоразводне формуле и за време кад жена нема месечнице.[219]) Тај је отказ имао опозивљив карактер, јер је муж имао могућност и право да га опозове за време трајања женина иддета. Дакле, мужу се давала могућност да добро размисли о својој одлуци и да се покаје, помири и поново настави живот са својом женом.

Отказ брака у смртној болести као превентивна мера. — Кад муж откаже брак у својој смртној болести без нарочитог женина захтева, она има право да га наследи, ако би он умро за време њезина иддета. Исто тако муж има право да наследи своју жену која самовољно откаже брак у својој смртној болести у случају да она умре пре него јој истекне иддет.[220]) Правници су хтели да на овај начин отклоне, предупреде несавесне отказе брака, који се врше у оваквим приликама, обично у циљу да се искључи брачни друг из наслеђа.

Хулла као превентивна мера. — Под овим се подразумева сметња за закључење поновног брака између супруга разведених на основу неопозивљивог отказа.[221]) Правници су стали на становиште да ова мера може спречити неразумне и безразложне отказе и утицати да се разводи врше само ако је заједнички живот међу супрузима немогућ и ако је изгубљена нада да ће доћи до обнове брака.

Превентивне мере економске природе претстављају најефикасније средство против неоправданих отказа брака. У те мере

[218]) Дакле, отказ брака може се без зазора применити у случају кад брачни другови нису у стању удовољавати својим брачним дужностима.

[219]) Кулури, Мухтесар, стр. 92.

[220]) Али-Ефенди, Фетава, св. I, стр. 111.

[221]) Ову меру предвиђа Куран, II — С. Ел' Бекаре — 230.

спада: а) утешни дар, б) мехр, в) издржавање жене за време иддета, г) давање издржавања за малолетну децу која по правилу остају код мајке, д) плаћање награде за дојење и за труд који жена уложи око одгојања детета.

Шеријатско право предвиђа, признаје оштету разведеној жени у виду утешног дара. Међутим, већина правника сматра овај утешни дар не као једну законску обавезу коју би муж морао исплатити својој жени, него као једну моралну препоруку коју може и да не испуни.[222])

Мехр (венчани дар) показао се у животу као много боље и ефикасније средство за сузбијање неоправданих отказа. Према правилу, како је то већ речено, његов већи део плаћа се у часу престанка брака. Ако је жена свесна па уговори замашну суму, она тим начином најбоље може ограничити мужеву самовољу и спречити га да без оправданих разлога кида брачну заједницу.

Сем овога, дужност да се разведеној жени плати издржавање за време иддета, који се може у извесним приликама продужити чак до 55 година живота (ијас), играо је такође улогу у спречавању непромишљених отказа.[223]) Међутим, оним особама које имају малолетне деце, мушке испод 7 год. а женске испод 9, теже је развести брак него онима које их немају. За ове прве предвиђене су још специјалне дужности које врше видну улогу у сузбијању непромишљених отказа. У случају развода малолетна деца остају по правилу код мајке. Отац је дужан за њих плаћати примерно издржавање, ако они немају своје сопствене имовине из које би се то могло подмиривати. Он је исто тако дужан да плаћа мајци награду за дојење деце и награду за труд око њихова одгајања.[224])

Поред свих ових мера, злоупотребе отказа брака догађале су се врло често у историји ислама. Нарочито се то догађало кад се увео у праксу обичај да се брак може дефинитивно и

[222]) Ханефијски правници сматрају да је похвално дати „мут'у" као утешни дар разведеној жени са којом је муж имао састанак. — Ахкаму-шерија, § 90. Маликијски правници препоручују мужу да разведеној жени да увек неку накнаду као утешни дар. Пројекат шеријатског законика за Алжир сматра као обавезу плаћање утешног дара.

[223]) Ахкаму-шерија, § 314. Овај је пропис доводио мужа често пута у незгодан положај, јер га је разведена жена могла материјално искоришћавати све док не напуни 55 година живота. У циљу да спречи ове злоупотребе Египат је у § 17 и 18 закона од 1929, No 25 прописао да жена може тражити издржавање најдуже једну годину после развода.

[224]) Ахкаму-шерија, § 388.

неопозивљиво откавати у истом заседању са једном бракоразводном формулом (талаки-бидат). Овај је обичај у ствари потиснуо из живота отказ брака по суннету који је имао опозивљив карактер, јер се мужу давала могућност да се покаје и повуче, опозове своју одлуку за време трајања женина иддета.

Отказ брака стварао је такође и злоупотребе друге врсте. Нарочито се то збивало у случају спора о доказивању чињеница да ли је муж отказао брачну заједницу или не. Пошто се отказ не мора вршити у присуству сведока или шеријатског судије, нити се мора о томе састављати каква исправа, то је давало, пружало могућност да се докаже да је постојећи брак отказан или да отказани брак још постоји.

Истакнути исламски правници осуђивали су ове злоупотребе, али ипак нису имали одлучности да пониште неоправдане отказе или да признају невиној супрузи право на оштету, или да пропишу да се отказ може извршити само у присуству шеријатског судије и да се мора увести у регистар разведених.

У новије време ствар се мења. Почиње се одлучније писати против наведених злоупотреба и предлагати разне мере за њихово сузбијање. Било је чак и таквих мишљења, где се предлагало да се забрани отказ брака, или да се та установа претвори у неку врсту судског развода брака где би закон навео узроке због којих се може извршити отказ, или где би шеријатски судија ценио оправданост бракоразводних узрока.

Под утицајем овакког писања судска пракса у многим земљама поче заводити нарочите мере, а државне власти издавати посебне прописе против злоупотреба отказа.

Египат је издао низ законских прописа о условима пуноважности отказа брака. Тако, у овој земљи неопозивљиви отказ брака не може уследити одмах на основу троструке бракоразводне формуле, нити он производи своје дејство ако је учињен у пијаном стању под притиском или под условом да жена нешто учини. Отказ се брака мора регистровати и може се доказивати по смрти једног од супруга само помоћу исправа.[225])

У Алжиру судска је пракса већ одавно почела признавати у случају одказа невином брачном другу право на оштету. Исто тако по постојећим законским прописима отказ брака мора се под претњом казне пријавити кадији и регистровати у матичном уреду у року од 10 дана. Пројекат алжирског шеријатског зако-

[225]) Ове су реформе извршене законом од 1929, No 25 и законом од 1931 No 78.

ника иде још даље и уводи обавезно плаћање утешног дара разведеној жени и тражи да се отказ брака изврши у присуству два сведока и шеријатског судије, који је дужан да о томе састави исправу.[226])

У Сирији § 200 Кривичног законика прописује да се откази морају регистровати код кадије у року од 15 дана. Поред тога Министарство правде издало је распис 9 марта 1929. № 2384, који предвиђа строге мере против злоупотреба горе наведеног законског прописа.[227])

Југословенски муслимани, а специјално они из Босне и Херцеговине, доста су ретко злоупотребљавали ову установу. Тек у новије време јавља се у градовима тенденција са отказивањем бракова. Шеријатско судска пракса предузела је одмах сходне мере за сузбијање ове појаве. Тако се завео обичај да шеријатски судија саветује, наговори мужа да одустане од своје намере и да настави заједнички живот са својом женом. Ако у томе не успе, онда он предлаже да се брак разведе на основу узајамног споразума, онда тек шеријатски судија прима отказ на знање и тражи од мужа да на лицу места исплати уговорени мехр и једномесечно издржавање за жену и за малолетну децу.[228])

Према постојећим законским прописима откази брака се морају увести у матице прописане Уредбом и Правилником о вођењу матица рођених и умрлих муслимана у Краљевини С. Х. С. од 5/XII-1927 год. На овај начин отклањају се евентуални сукоби о томе да ли је извесни брак отказан или не.

Укратко, данас се у пракси код већине исламских народа траже за ваљаност отказа ови услови:

1) способност за отказивање, која се признаје само пунолетним, душевно здравим и свесним особама;

2) могућност за отказивање, која постоји само за време трајања пуноважног брака;

[226]) О оштети коју алжирски шеријатски судови признају отпуштеној жени која није својим поступком довела до разводи видети: Révue algérienne, 1935, II, p. 45 и 110. Оштету разведеној жени у виду утешног дара предвиђа § 159 пројекта шеријатског законика за Алжир.

Регистровање отказа прописује § 17. Закона од 2-IV-1930.

[227]) Kazem Daghestani, Etude sociologique sur la famille musulmane contemporaine en Syrie, p. 90.

[228]) Х. Ђ. Бушатлић, Шеријатско судски поступник, стр. 73 и стр. 129. Госп. Бушатлић је такође заступао мишљење на конгресу правника 1927 год. да би требало ограничити примену отказа брака, Споменица конгреса правника 1927, стр. 198.

3) постојање стварне и озбиљне намере за отказ брака;

4) постојање оправданог разлога;

5) изјава воље за отказивање извршена пред шеријатским судом или којом другом надлежном власти.

II РАЗВОД БРАКА ПО СПОРАЗУМУ БРАЧНИХ ДРУГОВА

Исламски правници оправдавају ову установу са доктринарног, правног и моралног гледишта.

Доктринарно оправдање мора да постоји за сваку установу у шеријатско-правном систему, тј. мора да се нађе извор на коме се она заснива и темељи. Развод брака по споразуму налази своје оправдање, свој основ у Курану, главном извору целокупног исламског учења, где постоје ови прописи: „Ако се жена боји грубости и одвратности свога мужа, онда за њих не постоји грех да се узајамним споразумом нагоде, јер споразум је једно добро, људске душе нагињу лакомислености, али ако будете чинили добро и бојали се Бога; уистину он је обавештен о ономе што ви чините". „У случају да се раставите, Бог ће обогатити свакога од вас с оним што је заслужио. Бог је неизмерно мудар". Из ових прописа произлази да се брачна веза може раставити на основу узајамног споразума једино из два разлога: због мужеве одвратности и због његове грубости. Међутим, други курански пропис дозвољава примену ове установе увек када брачни другови увиде да неће моћи „поштивати границе Богом прописане",[229]) тј. онда када постану свесни да неће бити у стању испуњавати брачне дужности и опходити се једно према другом онако како то шеријат захтева. Према томе супрузи не би смели прибећи разводу на основу споразума ако за то не постоји озбиљан разлог, који доводи у питање мир и складност у њиховом заједничком животу.

Правно оправдање развода по споразуму налази се у теорији уговора. Пошто се брак, као и остали уговори, заснива споразу-

[229]) Куран, IV — С. Ен' Нисау, 128, 130, и II — С. Ел' Бекаре 229. О приликама под којима су објављена ова два прописа говори Хазин, Тефсир, св. I, стр. 155 и стр. 403.

Развод брака по споразуму познаје и јеврејско право. Тако на пр. Јевреји на територији примене Аустријског грађ. зак. (§ 133) могу развести брак на основу споразума.

Пројекат Југословенског грађ. зак. § 157 предвиђа да брачни другови могу на основу споразума уговорити раставу од стола и постеље, а у смислу § 165 т. 7 могу споразумно тражити развод брака због неодољиве мржње.

мом, онда је потпуно у складу с правном логиком дозволити да тај уговор престане вољом уговорних странака.

Морално оправдање произлази из људске природе. Тешко је замислити да ће све особе које ступе у брак моћи кроз цели живот остати и живети у љубави и слози. Различитост њихова осећања, одгоја, грешење о дужности, утицаји средине, доведе често пута до сукоба и узајамне мржње. У таквој заједници супрузи не могу више наћи свој брачни циљ и љубав. Кад брачна заједница изгуби свој идеални основ, а то је узајамна љубав и саосећање, она се на тај начин лишава духовног живота и она фактички више и не постоји. Правна веза, која још обавезује и држи брачне другове, претставља једну илузију, јер право и сила не могу никад заменити, надокнадити брачну љубав која је продукат срца и душе.

Дакле, према исламском учењу сасвим је морално и оправдано допустити брачним друговима да се споразумно раставе, ако им је заједнички живот постао немогућ, несносан и неиздржљив. Било би неоправдано силити брачне другове да живе под таквим приликама и не дозволити им да се разведу и да после тога сваки тражи поново своју срећу. Уосталом, више је у интересу саме деце дозволити развод у оваквим случајевима него их држати у заједници где се њихови родитељи мрзе, свађају и избегавају, и где деца не могу наћи потребну топлину за свој духовни одгој.

А) **Услови пуноважности развода брака по споразуму.** — Шеријатско право поставља следеће услове за пуноважност развода ове врсте:

а) способност странака;
б) сагласност странака;
в) уговарање накнаде;
г) испуњавање формалности.

а) Способност за уговарање зависи и одређује се према полу уговорне странке. Од мушкарада се тражи да испуни оне исте услове који су потребни за отказ брака. Дакле, потребно је да муж буде брачно пунолетан, душевно здрав и свестан значења своје радње. Од жене се тражи углавном да може ценити значење уговора. Дакле, она не мора бити брачно пунолетна имати 15 година живота, довољно је да има развијену свест и да може ценити значење уговора (мумејјиза).[230]

[230]) Али-Ефенди, Фетава, св. I, стр. 116, 117. Уговор о разводу који закључи малолетна разумна жена је пуноважна, али није пуноважна њена обавеза на плаћање накнаде.

Развод брака је лично право брачних другова. Он је признат у њиховом интересу и само су они позвани да одлучују о његовом опстанку. Ипак овај принцип трпи један изузетак, јер се оцу признаје право да уговори развод брака у име своје малолетне ћерке[231].

б) Сагласнот воље странака о разводу брака остварује се чим понуду, коју учини један брачни друг, прихвати други брачни друг. Правна природа мужеве и женине понуде не пресуђује се по истим начелима. Док се мужу не признаје право да повуче своју понуду пре него се жена о томе изјасни, њој се међутим то признаје, и она може повући своју понуду пре него ли муж да свој одговор.

Супрузи не морају лично изјавити своју вољу о разводу брака, они то могу учинити и преко пуномоћника.

в) Уговарање накнаде није један неопходан услов за ваљаност развода, јер се супрузима оставља слобода да према својој увиђавности одлучује о овој ствари.

Накнада је уведена у корист мужа, она претставља неку противредност за мехр који је муж исплатио жени. Већина исламских правника стоји на становишту да је уговарање накнаде оправдано само онда, ако муж није својим рђавим поступком проузроковао несложан и немогућ заједнички живот.[233])

Вредност, висина накнаде није одређена законом. Остављено је мужу и жени да према својим приликама и увиђавности одреде њену висину. Ипак им се препоручује да не уговарају као накнаду већу суму од оне коју је муж исплатио својој жени на име мехра. Једино у случају када жена својом кривицом доведе до развода брака, може се без зазора уговорити и већа сума.

Предмет накнаде може бити свака ствар имовинске вредности, која је дозвољена у промету међу муслиманима. У ту сврху могу послужити и женине тражбине које јој дугује муж или трећа лица. Према томе, жена може понудити, дати као накнаду свој мехр, своје право на издржавање и награду за свој труд око одгајања и дојења деце. У пракси жена обично даје као накнаду свој мехр или право потраживања награде од мужа за одгајење и дојење њихове малодобне деце по разводу брака. Свакој

[231]) Ахкаму-шерија, § 290.

[232]) И. Халеби, Мултека, стр. 143, 141.

[233]) И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 56. Брачни другови је не морају уопште уговорити, јер је развод пуноважан и без уговарања накнаде. — Ахкаму-шерија, § 275.

жени, којој се признаје способност да уговори развод, не признаје се тим самим и способност да се обавезује на плаћање накнаде. На ово се могу обавезивати само оне жене којима је призната способност да самостално располажу својом имовином. Према томе малолетне и душевно болесне жене као и оне које се налазе под старатељством због расипништва не могу се обавезивати на плаћање накдаде. У случају да овакве жене уговоре развод уз накнаду, развод у принципу остаје у важности, а обавеза на плаћање накнаде ништи се.

Смртна болест утиче такође на способност располагања. Под овим се подразумева она болест која омета вршење редовних послова и која се заврши смрћу у току једне године дана.[234]) У случају да овако болесна жена разведе брак по споразуму и уз накнаду, па умре у наведеном року накнада се може исплатити само из трећине њене заоставштине.

Отац који уговори развод брака уз накнаду у име своје неспособне ћерке дужан је лично из своје имовине платити накнаду, а не може је платити из њене имовине.

Једино пуноважан брак може послужити као основ за стицање права на уговорену накнаду. Према томе кад би се установило да је разведени брак био ништаван, муж је дужан повратити примљену накнаду на захтев жене или њеног оца или њених наследника, као неправедно стечени приход.

г) *Испуњавање нарочитих формалности* не тражи се за пуноважност развода по споразуму. Стварно, супрузи немају потребе да своју одлуку изјаве пред сведоцима, да је региструју судски или да о томе праве исправу. Међутим, данас се у многим државама, па и код нас, тражи да се развод брака по споразуму изврши пред шеријатским судијом и заведе у матице разведених. То се чини у циљу лакшег доказивања развода.

в) **Последице развода брака по споразуму.** — Брачна веза дефинитивно престаје чим се испуне прописани услови. Учинак овог развода нема увек исти карактер него се мења према мужевој вољи. Стварно, од мужеве воље зависи да ли ће тај развод произвести последице непотпуно неопозивљивог или потпуно неопозивљивог отказа. У првом случају брачни другови могу се поново венчати одмах по разводу, док им то није могуће у оном другом

[234]) **Меџела, § 1595. Овај пропис Меџеле примењују још и данас грађански судови у Босни и Херцеговини са ограничењем да смртна болест утиче на пословну способност само тада ако она проузрокује душевно поремећење болесника (решење Врховног суда за Б. и Х. у Сарајеву од 10-V-1918).**

случају, пре него се испуне прописане формалности о којима је већ било речи.

По извршеном разводу жена је дужна издржати иддет ако је имала састанак са мужем. За то време муж је дужан да јој плаћа издржавање ако се она тога није одрекла у његову корист.

Развод брака извршен по споразуму, уз накнаду и поравнање производи своје дејство на узајамна потраживања брачних другова која проистичу из разведеног брака. Наиме, разводом се брака гасе сва потраживања која се односе на мехр и на издржавање. Тако, жена по извршеном разводу не би могла потраживати неисплаћени мехр и заостало издржавање, а ни муж оно што је на рачун овога сувише исплатно.[235])

III РАЗВОД БРАКА НА ОСНОВУ СУДСКЕ ОДЛУКЕ

Шеријатско право признаје да вређање брачних дужности може послужити као основ да заинтересовани брачни друг подигне тужбу за развод брака.

Муж врло ретко прибегава овоме начину развода, јер он може на основу сведока да се растави од жене са којом му је живот постао несносан. Он тражи обично развод брака у ова два случаја: 1) кад се жена огреши о верност и 2) кад се огреши о дужност покорности. У ова два случаја муж има интерес да суд констатује женину кривицу и разведе брак, јер се на тај начин ослобађа материјалних дужности према разведеној жени. Наиме, жена губи право на мехр и издржавање за време иддета, кад се брак разведе због њеног брачног неверства, а право на издржавање, кад се то изврши због њене непокорности.[236])

Судски развод брака претставља за жену много веће значење него за мужа. Како је већ речено, она не може отказати свој брак и развести га на основу споразума без мужеве дозволе и пристанка. Дакле, жени преостаје једино средство да се обрати суду и да тражи развод ако муж вређа дужности, а не пристаје да се разведе отказом и на основу споразума. Жени се признаје

[235]) Кудури, Мухтесар, стр. 99. Жена ниуком случају не губи право на издржавање за време иддета.

[236]) О губљењу мехра због недозвољених односа говори Куран у С. Ен' Нисау — 19. Према учењу ханефијске школе жена може изгубити право на мехр само ако је извршила блудну радњу пре него је имала састанак са својим мужем. О губљењу права на издржавање за време иддета видети Ахкаму-шерија, § 326. Жена ипак и у овом случају не губи право на становање него само право на храну, одело и остале потребе.

ово право не само кад муж вређа брачне дужности него и у случају кад муж оболи од тешких неизлечивих болести.

А) **Развод брака због неиспуњавања брачних дужности.** — Шеријатско право признаје две врсте дужности: а) уговорне, б) законске. Према прописима ханефијске школе жена не може добити развод брака кад муж повреди коју уговорену дужност, ако није уговором загарантовала право да због тога може развести, отказати брак.[237])

Ствар стоји друкчије кад се муж огреши о законске дужности, јер у овом случају жена има право да подигне тужбу код шеријатског суда и тражи развод брака. Ханефијска правна школа дозвољава развод брака само у изузетним случајевима. Ово њихово строго гледиште створило је незгодне последице за жену. У многим ханефијским земљама па и код нас судска је пракса отступила од горњег гледишта, усвајајући извесне бракоразводне узроке из других правних школа.

Данашња пракса југословенских шеријатских судова дозвољава жени развод брака кад муж не испуњава: а) дужност издржавања, б) дужност полног општења, в) дужност лепог поступања.

а) Развод брака због неиспуњавања дужности издржавања. — Дужност је мужа, како је већ напред наведено, да издржава своју жену без обзира на њену веру и њено имовно стање. Ханефијска школа не признаје жени право на развод кад муж не удовољава овој дужности. Пошто се ово у животу показало као незгодно и неоправдано шеријатски судови у Југославији, по угледу на друге земље, признали су жени право на развод: 1) кад је због мужеве несталости и отсутности немогуће наплатити њено издржавање, 2) кад је муж потпуно сиромашан.

У првом реду признато је жени право да тражи развод брака чим се наврше 4 године по несталости (мефкуд) њена мужа који не остави иметка одакле би се могло подмиривати њено издржавање. Ово је право признато жени на основу расписа Врховног шеријатског суда у Сарајеву од 30-XII-1895 г. Бр. 745 и расписа Врховног шеријатског суда у Скопљу од 24-XII-1930 год. Бр. 538.

[237]) Судска пракса у Алжиру дозвољава развод брака на захтев жене ако муж не испуњава своје уговорне дужности. — Решење суда у Алжиру од 4-XI-1933. Revue algérienne 1933, II, p. 21. Право на развод због неиспуњавања уговорних дужности предвиђа и пројекат шеријатског законика за Алжир, § 171, т. 5. О томе како је то питање решено у појединим школама говори Шарани, Миван, св. II, стр. 121.

После овога иде се још и даље. За време светског рата Врховни шеријатски суд у Сарајеву својим расписом од 27-I-1917 год. Бр. 234 признао је жени право развода кад је њен муж отсутан (гаиб) и живи у иностранству, а не шаље јој издржавање и не остави имовине одакле би се то могло наплаћивати. Неколико година доцније признато јој је то право и на територији Србије и Црне Горе решењем Врховног муфтиства у Београду од 2-II-1922 год. Бр. 60 које је усвојио Врховни шеријатски суд у Скопљу својим расписом од 10-III-1931 г. Бр. 168.

Са овим се само донекле поправио положај жене. Животне прилике захтевале су да се иде још даље и стварно, пре кратког времена дозвољен је развод брака због потпуног мужевог сиромаштва и неспособности да прибави издржавање својој жени. То је учињено на основу расписа Врховног шеријатског суда у Сарајеву од 15-I-1930 год. Бр. 90 и расписа Врховног шеријатског суда у Скопљу од 18-X-1930 год. Бр. 248.[238])

б) Развод брака због неизвршења основне брачне дужности. — Вршење полних односа претставља једну заједничку и основну дужност. Кад који од супруга не извршава ову дужност, то служи другом супругу као мотив, основ за развод брака. У оваквом случају муж може развести брак својевољно путем отказа, а жена може на основу тога да подигне бракоразводну парницу.

Жени се признаје да тражи развод брака: 1) кад је њен муж неспособан за вршење полних односа (инин), 2) кад њен муж положи завет чистоте (ила).

Све правне школе стоје на становишту да предбрачна полна неспособност служи као основ за развод, односно за побијање брака. Они се једино не слажу у питању о праву на развод због неспособности која наступи за време брака. Ханефијска школа, чији се прописи примењују у Југославији, стоји на становишту да ова неспособност не може послужити као бракоразводни основ и разлог. Међутим, извесни правници маликиске школе заступају мишљење да би у овом случају требало жени признати право на

[238]) Овај поступак који је заведен у живот на основу наведених расписа није се показао практичан и многи су тражили да се ови расписи измене и допуне. — Абдулах Вехабовић, Судско поништење брака, Гласник исламске вер. заједнице, Београд 1933, бр. 9, стр. 5 и след. У Алжиру жена може добити развод брака ако јој муж не стави на расположење погодан стан и намештај. — Решење муслиманског одељења касационог суда у Алжиру од 21-V-1931, Revue algérienne. 1931 II, p. 78.

развод а у духу оног хадиса који вели: „Кад брак наноси жени какву штету ви га разведите." Овога се тумачења придржава, како ће се то доцније видети, судска пракса у Алжиру, сматрајући као бракоразводни узрок полну неспособност која наступи за време брака.

Шеријатско судска пракса у Југославији придржава се у овом питању још и данас тумачења ханефијске школе и дозвољава развод само због предбрачне импотенције за коју жена није знала у време венчања. Остварење, добивање развода због наведеног недостатка скопчано је са нарочитим формалностима. Жена може добити развод одмах и без одлагања једино ако се утврди да њен муж због недостатка полних органа није уопште у стању вршити односе. Ствар стоји друкчије ако код њега постоји способност за вршење полних односа. У оваквој прилици развод брака може се изрећи тек пошто се проведе прописани поступак. Начин поступка зависи од тога да ли муж признаје или не своју неспособност. У случају да муж призна ману која му се приписује, шеријатски суд дужан му је доделити рок од године дана да се испита да ли је та његова мана прелазна или трајна. После овога рока суд на захтев жене изриче развод брака, ако муж призна да се његово стање није поправило. Кад муж пориче неспособност било у почетку било по истеку прописаног рока, онда се истинитост ове његове тврдње проверава на два начина: прегледом жене са стране две бабице и полагањем заклетве. Прегледу има места само кад су у питању оне жене које су ступиле у брак као девојке. У случају да се овим путем утврди женина невиност, суд ипак не може одмах изрећи развод него је дужан доделити мужу рок за лечење од годину дана и по истеку овога рока развести брак ако се мужева неспособност не излечи.

Кад бракоразводну парницу води жена која није ступила у брак као невина, онда се њена тврдња о мужевој неспособности проверава помоћу његове заклетве. Ако муж положи заклетву, да је имао полне односе са својом женом, суд решава спор у његову корист и оставља брак у важности. У случају да он одбије полагање понуђене заклетве, жена стиче право на развод пошто истекне прописани рок од године дана, а он и овај пут одбије да положи заклетву.[239])

[239]) Овај поступак детаљно је описан у правним делима разних школа: И. Халеби, Мултека, стр. 150; И. Рушд, Бидаја, св. II, стр. 42; Навави, Минхаџ-ат'талибин, св. II, стр. 363, 364.

Овај поступак је неповољан и несигуран за жену, јер је на горе описани начин доста тешко установити право стање ствари. Једино жена која ступи у брак као девојка има изгледа да добије развод брака, пошто се утврди њена невиност. У противном случају развод зависи од воље мужеве, од тога хоће ли он признати или одбити уз полагање заклетве тужбени захтев своје супруге.

Овај би поступак требало донекле изменити, јер се данас лекарским прегледом може установити да ли је муж полно способан или неспособан. Сем тога требало би по узору на судску праксу у Алжиру признати жени право на развод брака и због мужеве полне неспособности која наступи по венчању.

Муж може такође полагањем завета чистоте (ила) повредити своју дужност полног општења, основну брачну дужност. Сами Куран упознаје ову повреду као узрок за развод брака у изреци која гласи: „Они који положе завет да неће вршити односе са својим женама оставља им се рок од 4 месеца. Ако се у овоме року поврате својим женама. Бог је благ и милостив."[240])

Завет чистоте може послужити као бракоразводни основ једино ако се испуне следећи услови:

1) муж мора бити способан да схвати значење свога завета;

2) завет мора бити у принципу учињен у име Бога или кога Божијег својства (знање, моћ);

3) завет мора бити такве природе да искључује све односе са женом;

4) завет мора бити учињен на неизвесно време или најмање на време од 4 месеца.

Положени завет има опозивљив карактер, јер га муж може повући, опозвати у року од 4 месеца по извршеном заветовању. Ово опозивање може се у принципу извршити само ступањем у односе са женом. Изузетно болесном, отсутном мужу признаје се право да опозове завет на основу обичне изјаве.

Ако муж у року од 4 месеца не повуче свој завет, брак се разводи на захтев жене. Обично апстинирање од полних односа не сматра се као завет и према томе не може послужити као бракоразводни основ.

[240]) Куран, II, С. Ел' Бекаре — 226, 227.

Код Бедуина у Сирији постоји још и данас обичај братимљења између мужа и жене (мухат). Муж се братими са својом старом женом и од тога момента престаје да врши с њом односе. — Kazem Daghestani, Etude sociologique sur la famille musulmane contemporaine en Syrie, Paris, 1932, p. 95.

Закључак

Излагање основних принципа на којима почива шеријатско брачно право претставља најприроднији закључак овог нашег рада На тај начин читаоци ће моћи да обнове, освеже оно што су напред проучили и да лакше створе један јаснији појам о исламском браку, породици и положају брачних другова.

Шеријатско брачно право може се свести на ово 10 принципа који у ствари престављају кључ за изучавање ове правне материје: 1) брак је уговор о заједници живота између два лица супротног пола; 2) брак се закључује изјавом воље мужа и жене у присуству сведока; 3) брак се може закључити само на неизвесно време; 4) брак има за циљ морално усавршавање брачних другова и рађање потомства; 5) власт у браку припада мужу, она је чисто моралне природе (одгојне), јер се односи само на особу жене а не на њена добра, имовину; 6) брак не утиче и не ограничава пословну способност жене; 7) исламски брак усваја режим одвајања добара, муж нема право ни да ужива ни да управља имовином жене без њезина одобрења; 8) пуноважан брак се може разрешити, развести, вољом мужа и вољом жене ако јој муж то дозволи, судском пресудом, поништајем; 9) у браку постоји неједнакост супруга. У личним односима мужу се признају шира права (он може узети више жена, врши дисциплинску власт, може раскинути брачну везу својом вољом кад то нађе за сходно). У имовинским односима наметнуте су мужу веће дужности, тако он мора платити својој жени венчани дар и издржавати је. Међутим, жена није по закону дужна да донесе мираз, да сноси заједно са мужем терете породице или у случају мужева сиромаштва да га издржава; 10) брачни другови могу на основу уговора овај законски режим изменити. Они могу мењати не само имовинске односе него и личне односе. На овај начин жена може побољшати свој положај и обавезати свога мужа да живи у моногамији, да она може брак разрешити кад хоће, да она има право да станује код родитеља или на неком другом месту.

САДРЖАЈ: